

IV. CONCLUSIONES GENERALES

El Estado existe para cumplir unos fines determinados y uno de los más importantes, sino el más, es la realización de los derechos. Los órganos estatales tienen, por tanto, la obligación de remediar los casos de discriminación, mejorar las situaciones de desigualdad social y estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones de existencia de los ciudadanos. La función de las autoridades públicas respecto de la realización de los derechos, no sólo consiste en la garantía de esferas libres de interferencia ajena a los ciudadanos —es decir, impedir que organismos del Estado maten, desaparezcan o se entrometan en los proyectos particulares del buen vivir y la buena vida—, sino también en amparar de la discriminación y en asegurar condiciones materiales mínimas de existencia, de lo cual emana la realización estatal progresiva de los derechos sociales.²³⁷ El déficit en la protección de los derechos sociales, así como en las garantías a la igualdad y la prohibición de discriminación, imposibilita la realización de una democracia constitucional fundada en la garantía a la dignidad, en el respeto del principio de igualdad y en la realización de los derechos como fin del Estado.

Ante la gravedad de la situación de comunidades plurales de personas a las que, como consecuencia de problemas estructurales en la política estatal, se les vulneran de forma masiva, prolongada y reiterada los derechos a la vida digna, integridad personal, igualdad, trabajo, salud, seguridad social, educación, mínimo vital y protección especial a las personas de la tercera edad, mujer cabeza de familia y niños ¿cuál debe ser el rol apropiado de una institución que, como el tribunal constitucional, no tiene representación popular, injerencia directa en cómo se destina el presupuesto ni un rol bien

²³⁷ Sentencia C-251 de 1997.

definido, ni en la Constitución ni en la ley, en el proceso de formación de las políticas públicas?

La desidia o la pereza legislativas suscitan formas de activismo judicial en virtud de las cuales se han impartido órdenes o exhortos vinculantes, pero sobre todo se ha respetado el margen de configuración legislativa del Congreso profiriendo exhortos conminativos ante casos de omisiones legislativas absolutas. Sólo en casos excepcionales de omisiones absolutas que implican una grave afectación a derechos fundamentales, la Corte ha tomado medidas activistas en procura de amparar la provisión consagrada en el derecho. Si bien la jurisprudencia constitucional colombiana ha reconocido que, por ejemplo tratándose de la corrección de las desigualdades sociales, deben implementarse medidas legislativas, porque en muchos casos está sujeta a apropiaciones presupuestales, ello no justifica que sea aplazado indefinidamente hasta cuando el Congreso le preste atención al problema.

Respecto de las políticas públicas, la Corte en general ha procedido consciente de que su labor no consiste en formularla y exigir su implementación, sino en integrarse en dicho proceso conminando a crearla al organismo estatal que debe hacerlo o impartiendo órdenes que impulsen la ejecución efectiva de una política ya existente. Ha exigido también que en audiencias se le rinda cuenta del cumplimiento de las órdenes que imparte. Más que formular propuestas de política concretas, analizar las acciones puntuales idóneas tendentes a solucionar el problema detectado y ejecutar la política mediante la implementación de las medidas, la Corte en general ha respetado la competencia del Ejecutivo en estos pasos de, digamos, materialización de la política. Tampoco es el compelido a diseñar la política definitiva ni, por tanto, a justificarla.

El juez constitucional puede ordenar a las autoridades que, dentro de sus respectivas competencias, realicen las acciones necesarias para remediar situaciones de afectación de derechos. Puede ordenar incluso que se apropien los recursos necesarios y suficientes para el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales, sin que ello signifique ordenar gastos no presupuestados ni modificar la política diseñada por el legislador. En algunos casos la función de la Corte corresponde con la identificación de un asunto y la justificación de que sea definido como problema que debe

fijarse en la agenda para la respectiva creación o activación de la política pública respectiva.

La Corte se inserta en el proceso de formación de las políticas públicas al principio y al final. Primero ilumina una situación de violación de derechos que había estado oscurecida por la desidia política para impulsar al Estado aparato a que tome medidas de diseño, implementación, financiación y evaluación de las políticas. La Corte interviene entonces en el proceso inicio, señalando un problema y sustentando que debe merecer la atención estatal, y luego al final evaluando los resultados de las políticas diseñadas e implementadas por el gobierno.

Como la Corte es consciente de que órdenes complejas o exhortos vinculantes pueden afectar la libre configuración legislativa o pueden tener costo económico e impacto fiscal, no ordena que se invierta un monto específico, sino que el Ejecutivo debe crear una fórmula de financiación sostenible del nuevo plan que sea diseñado. No es deber del juez constitucional indicar a la autoridad responsable, específicamente, cuáles han de ser las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho, sino tomar las decisiones e impartir las órdenes que aseguren que tales medidas sean adoptadas, promoviendo a la vez la participación ciudadana.²³⁸

A partir del activismo progresista los tribunales constitucionales pueden volverse actores políticos singularmente relevantes en la edificación de una democracia constitucional, como ha demostrado la Corte colombiana que ha sido protagonista institucional en el remedio de situaciones discriminatorias y en algunos casos en el proceso de formación de políticas públicas sociales. Desde sus inicios empezó a edificar lo que ahora es una jurisprudencia sólida en algunas materias, rigurosa en su argumentación y particularmente enfocada en el acceso a la justicia de quienes tradicionalmente han estado por fuera del amparo judicial de sus derechos.

El objetivo de los exhortos, la declaratoria de estados de cosas inconstitucional y las órdenes complejas que ha impartido en algunas sentencias, es orientar la política del gobierno y el Congreso para impedir, o bien que no haya una política que debe haber, o bien que no subsista una disocia-

²³⁸ Sentencia T-760 de 2008.

ción entre las medidas políticas. La Corte más que legislar e imponer su voluntad, como se le critica, ha procurado orientar la atención política hacia determinadas áreas o destrabar una política existente pero ineficaz. La sentencia T-154 de 2013 constituye un buen ejemplo y asimismo otorga un argumento adicional al planteamiento conforme al cual esta Institución ha sido en general respetuosa de las funciones y competencias de los otros organismos del Estado. La Corte ordenó al Gobierno Nacional que, en tres meses, diseñara una política pública nacional para enfrentar los efectos nocivos que para el ambiente tiene la actividad minera. Exigió que se tuvieran en cuenta las recomendaciones que en la materia viene haciendo la Organización Mundial de la Salud. Encargó a organismos de control el examen del cumplimiento de las órdenes impartidas y, en particular a la Defensoría del Pueblo, la verificación del cumplimiento de la orden relativa a los derechos de las víctimas.

De esta forma la Corte ha visibilizado problemas sociales, permitiendo que adquirieran significación política y, en este sentido, también se ha definido su rol institucional como un verdadero actor político. La experiencia colombiana en este campo es relevante porque puede constituir uno de los principales aportes del constitucionalismo colombiano a la jurisprudencia y a la academia internacionales sobre la garantía y el desarrollo de los derechos fundamentales, así como sobre las formas adecuadas de judicialización de la política.

La experiencia colombiana enseña que las decisiones activistas se deben evaluar críticamente en su fundamentación y sus efectos, en vez de criticar la filosofía general que la inspira. La colaboración entre las ramas del poder público cuando se ha suscitado desde el Poder Judicial, ha planteado un interesante caso para el derecho constitucional regional por los recursos ideados para amparar garantías constitucionales. La forma de gestionar instrumentos y recursos escasos, así como la cooperación internacional para financiar la oficina de seguimiento que se creó dentro de la propia Corte para examinar la política pública de desplazamiento, han constituido referentes global acerca de los límites y posibilidades de alcanzar grados de progreso social vía progresismo jurisprudencial.

Uno de los ejemplos más interesantes al respecto es el de los fallos que han otorgado derechos a los homosexuales, quienes habían dado una lucha fracasada ante la instancia legislativa por el reconocimiento de sus derechos, fundamentalmente la igualdad en materia civil —poder heredar, afiliarse a la seguridad social y pensión a su respectiva pareja, y poderse casar—. Ante vacíos legislativos y fallidos proyectos de ley emprendieron una errática iniciativa de litigio para procurar conseguir la declaratoria de inexequibilidad constitucional de varias normas violatorias de derechos y principios fundamentales.

Otro ejemplo lo constituyen los derechos fundamentales innominados. A partir de la interpretación sistemática de la Constitución y de la concepción, en virtud de la cual, los derechos se deben interpretar extensivamente para lograr su garantía efectiva la Corte ha encontrado, dentro de la esfera de protección de diversas disposiciones iusfundamentales, una serie de derechos que ha creado en precedentes y que ha continuado su protección en líneas jurisprudenciales consolidadas.²³⁹

Cuestiones abandonadas por la política tradicional, sobre todo en temas moralmente polémicos —aborto, eutanasia, matrimonio homosexual— o electoralmente poco representativos —atención a la población desplazada o a los defensores de derechos humanos—, han sido asumidas entonces por el aparato judicial que durante los años ha sido ampliamente percibido como comprometido en la defensa de los derechos fundamentales. El activismo judicial en Colombia ha ocasionado un paradójico desplazamiento de la legitimidad democrática del sistema político hacia el sistema judicial.

De las sentencias estudiadas que exhortan al Congreso o a los ministerios, lo primero que se evidenció fue que la situación más frecuente en la cual el juez constitucional exhorta a la rama legislativa es cuando se presentan omisiones legislativas. Ante omisiones absolutas se observa un respeto por la facultad de iniciativa legislativa y, por tanto, la Corte en estos casos ha seguido la regla general de proferir exhortos conminativos no vinculantes.

²³⁹ Se trata del mínimo vital, la dignidad humana, la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios y la estabilidad laboral reforzada de sujetos considerados de especial protección.

Sólo en casos puntuales que involucraron la garantía de derechos fundamentales, tomó la Corte decisiones y, en este sentido, dirigió exhortos para legislar en determinado sentido en procura de resguardar derechos por cuyo silencio el Legislativo estaba afectando.

En la jurisprudencia constitucional colombiana la práctica de proferir exhortos se ha ejecutado fundamentalmente de manera no vinculante a la forma de una conminación o recomendación,²⁴⁰ dirigida hacia determinadas autoridades para procurar estimularlas a que ejecuten una determinada medida o tomen cierto rumbo de acción constitucionalmente deseable. Al declararse una omisión legislativa relativa la Corte ha optado por *exhortar*, en vez de *ordenar*, al legislador. Sólo en casos donde la omisión legislativa se declaró relativa, pero que afectaba derechos constitucionales, la Corte exhortó de manera obligatoria. Sostuvo que de otra forma se vulneraría la superioridad normativa de la Constitución y no se alcanza uno de los fines del Estado: la realización de los derechos.

Según la omisión declarada, si es *absoluta* o *relativa*, y los derechos involucrados, así como su grado de afectación o no satisfacción, la Corte ha exhortado al Congreso o a los ministerios no sólo a regular o desarrollar un tema, sino que ha establecido, con grados variables de especificidad, los marcos dogmáticos a partir de los cuales debe realizar dicho desarrollo. En estos casos, no obstante constatar que el legislador ha omitido un deber constitucional, el carácter absoluto de la omisión impide que la Corte, en sede de control abstracto de normas, adopte una medida orientada a subsanarla, en tanto no actúe el legislador. Se trata de escenarios donde, para el desarrollo legislativo de un mandato constitucional, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración. Esta circunstancia impide que la Corte imponga, como obligado a la luz de la Constitución, un determinado conjunto de disposiciones de entre las múltiples alternativas políticas disponibles para el legislador.

Esta práctica, según el caso, preserva la libertad de configuración legislativa, el principio de legalidad y el principio democrático, así como en casos de exhortos penales, las libertades individuales. El exhorto obligatorio pro-

²⁴⁰ Sentencia T-254 de 2014.

cede únicamente cuando de manera previa se ha evidenciado una omisión legislativa absoluta porque el Congreso, por ejemplo, no ha desarrollado legislativamente un mandato constitucional. Es decir, porque no ha cumplido su función expresamente señalada por mandato constitucional en una materia específica.

Un buen ejemplo de este planteamiento se encuentra en las cuatro sentencias que, en virtud del mandato del artículo 56 constitucional, exhortaron al Congreso para que definiera las actividades que constituyen servicios públicos esenciales y en qué situaciones puede limitarse el derecho de huelga y para que actualice la legislación laboral de manera acorde a los dictados constitucionales y a los convenios internacionales del trabajo que forman parte del bloque de constitucionalidad. Se encuentra también en las sentencias donde exhorta al Congreso para que expida una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle adecuadamente la Constitución.

En sociedades no-bien ordenadas como las latinoamericanas, caracterizadas por desigualdad social estructural y déficit masivos y reiterados en la garantía de derechos mínimos como los sociales, así como de los derechos básicos de libertad, es donde el activismo que defiende y promueve el neoconstitucionalismo ha encontrado particular terreno fértil para su defensa doctrinaria y desarrollo judicial. A partir de tres elementos —la expedición de una nueva Constitución, la transformación de las prácticas jurisprudenciales en el contexto de la creación y desarrollo judicial del derecho, y la renovación de la literatura jurídica—, se ha configurado en medio de discusiones en las altas cortes, entre las ramas del poder público y la academia jurídica la recepción de elementos del canon neoconstitucional trasnacional.

La manera idónea de contribuir con la defensa del neoconstitucionalismo respecto de su recepción, es a partir de trabajos donde se acoja, no sólo el reto teórico de comprender adecuadamente y con precisión las obras que circulan en nuestros ambientes intelectuales, sino también y, sobre todo, el reto sociológico de leer tales obras en clave de recepción haciendo un esfuerzo adicional por adaptar ideas, tesis, doctrinas e instituciones judiciales foráneas a los procesos locales de concepción y aplicación del derecho. Se propone una versión del neoconstitucionalismo menos ambiciosa teóricamente, en su fundamentación filosófica, y más comprometida constitucio-

nalmente con la comprensión, la defensa y la proyección de formas particulares de adaptar instituciones jurídicas extranjeras en las formas locales de comprensión del fenómeno jurídico en la academia, la enseñanza del derecho y la judicatura.

La teoría de Alexy, por destacar una de las más influyentes doctrinaria y dogmáticamente en América Latina y en Colombia, en particular, no sólo sirve como material para dar clase o preparar artículos y conferencias, sino como herramienta para resolver casos concretos. Este trabajo, en el marco del desafío que la implementación del neoconstitucionalismo plantea para los países de la región, y luego de analizar a partir de la dogmática de los márgenes de acción cómo se debe ejercer el activismo judicial, reconstruyó algunas de las principales líneas jurisprudenciales donde dicha teoría de los márgenes de acción probó su utilidad en la explicación del comportamiento de la jurisprudencia de la Corte en el contexto de la defensa de su filosofía activista, y en general acerca de la comprensión del cambio en los sistemas jurídicos que ha traído consigo la implementación de algunos elementos medulares recogidos dentro de la fenomenología neoconstitucional.

La justificación de figuras como el estado de cosas inconstitucional, las órdenes complejas y los exhortos que se imparten para atender casos de violaciones a derechos, radica en la imposibilidad de que el juez constitucional, so pretexto de no invadir esferas de otros poderes, contemple indemne una situación, una realidad, contraria a la Constitución. Su función le exige cumplir con el goce efectivo de los derechos. El activismo puede derivar en nuevas formas de la tensión entre, de una parte, la garantía de derechos como igualdad material, justicia real y libertad efectiva, y principios como el pluralismo y la dignidad humana, y, de otra, la salvaguarda de la regla de mayorías y del principio de autogobierno colectivo, es decir, la tensión entre el constitucionalismo y la democracia. Si queremos contar con ordenamientos jurídicos constitucionalizados y con una Constitución que no quede en la letra muerta de sus disposiciones, sino que tenga fuerza normativa, parece forzoso amparar alguna forma de activismo judicial.

La superioridad de la Constitución se guarda mediante la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas, leyes o actos legislativos, que contrarían sus mandatos y preceptos; la integridad de la Constitución se guarda

desarrollando normativamente las provisiones que, en forma de garantías iusfundamentales, se incluyeron siguiendo una tendencia transnacional que además propugnaba por la necesidad de contar con mecanismos judiciales efectivos para dotar de contenido en casos concretos a la abstracta principialística constitucional. La configuración de una dogmática de los márgenes de acción conduce, tanto a reconocer la competencia de los tribunales constitucionales en la compleja tarea de crear y desarrollar el derecho, como a graduar su posibilidad de acción en el contexto de las funciones y las competencias de los organismos del Estado, sobre todo, del Congreso al decidir sobre qué legisla y del gobierno para diseñar y ejecutar políticas públicas.

A partir de la claridad sobre los tres tipos de márgenes de acción la Corte, si bien ha indicado fines que se deben alcanzar, ha respetado el margen para la elección de medios y, sobre todo, el margen para la ponderación en casos de política pública social donde todos los fines constitucionalmente deseables no se pueden alcanzar debido a restricciones presupuestales. La construcción de una dogmática de los márgenes de acción en el contexto de sistemas jurídicos constitucionalizados y donde la máxima validez formal y la expansión de los contenidos constitucionales materiales responden a las características de la Constitución política colombiana, constituye la principal manera de garantizar la Constitución al tiempo que se respeta la iniciativa legislativa.

El tipo de activismo por el que se ha propendido en Colombia, finalmente, constituye otro factor por el cual se trata de una experiencia interesante en términos de derecho comparado, toda vez que ha suscitado un cambio de enfoque y un mayor compromiso crítico de la academia. En contextos de reconocido activismo sobre todo es inconveniente que la academia mantenga una deferencia acrítica hacia los tribunales constitucionales, pues le corresponde uno de los controles más importantes en las nuevas democracias constitucionales, como es el control a la labor del tribunal constitucional, para contribuir a dar respuesta a la objeción típica de: ¿quién controla al controlador?, ¿quién nos defienden del defensor de la constitución?²⁴¹ Toda vez que este control es extrajurídico porque está por fuera de

²⁴¹ Evoco aquí la conocida discusión entre Kelsen y Schmitt acerca de quién debe ser el guardián, o defensor, de la Constitución durante la crisis de la democracia de Weimar.

las instituciones formales, el rol de la academia es esencial para controlar y vigilar la actividad de los tribunales constitucionales. La academia constitucional, además de la publicación de artículos especializados, tiene también un papel fundamental que desempeñar en la crítica a la jurisprudencia, en la veeduría a los organismos del poder público encargados de garantizar los derechos y en la difusión ciudadana de las mejores ideas y posiciones jurídicas ante casos controversiales, mediante, por ejemplo, columnas de prensa, participación en programas de radio y televisión, y con una activa participación en la configuración de una opinión pública deliberante y crítica.