

CAPÍTULO CUARTO

LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL. RESPUESTA JUDICIAL A LA NECESIDAD DE REDUCIR LA DISOCIACIÓN ENTRE LAS CONSAGRACIONES DE LA NORMATIVIDAD Y LA REALIDAD SOCIAL

La ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas.

Declaración de los Derechos
del Hombre y del Ciudadano

I. INTRODUCCIÓN

Colombia es uno de los países latinoamericanos en los cuales mayor influjo han ejercido teorías jurídicas y doctrinas jurisprudenciales que surgieron desde 1970 cuando los países europeos que salían del fascismo y de las dictaduras, sobre todo las ibéricas, transformaron radicalmente sus textos constitucionales, incluyendo principios morales, derechos fundamentales y sociales, además de los clásicos derechos liberales y de defensa.³⁴¹ Dicha transformación requirió una nueva dogmática jurídica, así como renovadas doctrinas judiciales y planteamientos teóricos que permitieran responder sólida y sistemáticamente ante los paulatinos procesos de implementación de las provisiones constitucionales en el marco de la proclamación normativa con eficaz garantía de los derechos fundamentales.

Conjuntamente con los tribunales constitucionales de los países que hacen parte de la tercera oleada histórica de transición democrática a finales de 1980,³⁴² como Hungría, Sur África e India, la Corte Constitucional co-

³⁴¹ Clérico, Laura *et al.* (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional. Constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

³⁴² Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010; 2a. ed., Madrid, Trotta, 2010; Thornhill Chris, "A Sociol-

lombiana es altamente ponderada en el escenario jurídico regional e incluso global. Sus decisiones tendientes a controlar desbalances en el poder público y su compromiso con las principales tesis neoconstitucionales la sitúan a la vanguardia del constitucionalismo en contextos de desigualdad.

En su labor de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, pero particularmente por su papel comprometido con el desarrollo del derecho (*living constitutionalism*), la Corte Constitucional ha receptado instituciones judiciales y doctrinas constitucionales surgidas de diversos contextos jurisprudenciales, tales como el germano, el español, el francés y el italiano, así como el estadounidense. Dentro de las principales tesis e instituciones que han sido receptadas en Colombia debido a la jurisprudencia constitucional, que tempranamente desmonopolizó la creación del derecho en cabeza de la rama legislativa, pueden destacarse las siguientes:

Respecto de la Constitución: interpretación sistemática, naturaleza normativa, garantía jurisdiccional, fuerza vinculante y modelo axiológico de la Constitución como norma. Las Constituciones latinoamericanas contienen numerosas cláusulas de realización progresiva, porque reflejan un descontento con la situación actual de sus respectivas sociedades. Si bien la Constitución colombiana es semirrígida o incluso flexible, según la clasificación usual conforme al criterio de reformabilidad, el discurso sobre la importancia de resguardar al texto fundamental de cambios constantes ha tenido una llamativa recepción doctrinaria y jurisprudencial. A partir de la incorporación constitucional de principios morales, las tradicionalmente sólidas fronteras entre el derecho, la moral y la política tienden a desmoronarse. En la actualidad el Poder Judicial es un verdadero poder político, porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia: la Constitución política. Si bien la facultad judicial de revisar la constitucionalidad de los actos del Congreso (*judicial review*) se incorporó en la reforma de 1910, sólo a partir de 1991 se ha desarrollado vigorosamente.³⁴³

Respecto de los derechos fundamentales: contenido esencial y valor normativo pleno, efecto de irradiación hacia todo el ordenamiento jurídico a partir de lo cual se ha constitucionalizado; la eficacia entre particulares ha sido uno de los mayores logros en el caso de los efectos normativos que consagran los derechos. Se han trasplantado técnicas interpretativas propias de los desarrollos dogmáticos transnacionales sobre la concepción y la aplica-

ogy of Constitutions. Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective”, *Cambridge Studies in Law and Society*, 2013.

³⁴³ La superioridad normativa de la Constitución respecto de las leyes también se incluyó en tal reforma (Acto Legislativo núm. 3).

ción de los derechos constitucionales, tales como el principio de proporcionalidad en sentido lato y la ponderación. El parámetro del goce efectivo de los derechos se ha constituido en todo un parámetro de constitucionalidad.

La Constitución ha podido desplegar su contenido normativo debido a la labor de la institución a la cual se le asignó la guarda de su integridad y supremacía. La multiplicidad de cuestiones sobre las que ha decidido y el enfoque teórico desde el cual las ha abordado constituyen factores de singular importancia en dicho examen. Decisiones que habrían sido impensables durante la vigencia de la Constitución de 1886, han sido afrontadas con solidez argumentativa por la Corte Constitucional. Una pregunta que se podría formular es si todo progresismo jurisprudencial, que es en general bien visto, comporta necesariamente un activismo judicial, que se juzga usualmente como reprochable por sectores como el político de derecha o centro-derecha, que quiere conservar un statu quo favorable a sus intereses; el jurídico conservador, para el cual los tribunales deben tener toda la deferencia con los representantes elegidos por el pueblo, porque la sede de la democracia radica en las mayorías representadas en el parlamento, y el económico, para, en una suma muchas veces de estas dos razones, oponerse a que se tomen decisiones con impacto fiscal que no provengan del Ejecutivo o del Legislativo, que son los encargados del diseño de políticas públicas. Podemos distinguir argumentativamente entre actuaciones deseables de un tribunal comprometido con la realización de los derechos como fin del Estado, y actuaciones indeseables, porque comportan una pretensión de sustitución a los órganos encargados del diseño y la ejecución de las políticas públicas.

La riqueza del constitucionalismo colombiano se revela no solo por la recepción de teorías jurídicas, instituciones judiciales y doctrinas jurisprudenciales de circulación transnacional, sino también por aquellas doctrinas que ha creado para responder ante una disociación caracterizada, por un lado, por una Constitución igualitaria, garantista e incluyente, con numerosas provisiones, y por otro lado, por un contexto social caracterizado por la pobreza, la creciente desigualdad, el alto desempleo, el subdesarrollo y las millones de personas víctimas del desplazamiento forzado por la violencia,³⁴⁴ así como por altos índices de criminalidad, impunidad y corrupción.

³⁴⁴ Conforme al Comité Internacional de la Cruz Roja, los desplazados son personas atrapadas en un ambiente de violencia, que ante la problemática huyen de las zonas de conflictos o de las persecuciones. “Las personas o grupos de personas que han sido forzados u obligados a huir de sus hogares o lugares de residencia habitual, o a abandonarlos, en particular a causa de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o desastres naturales o causados por el hombre, y que aún no han cruzado una frontera reconocida internacionalmente entre Estados o que lo hacen

Colombia tiene un débil sistema de partidos, que entre otros aspectos se refleja en una incapacidad de asumir tareas básicas y responder ante importantes retos nacionales. A pesar de mayor inversión extranjera y moderado crecimiento en la economía, hay más pobres que antes, y cada día más personas tienen dificultades para satisfacer sus necesidades básicas mínimas. Se ha agudizado la brecha de la separación social, pues cada vez hay más pobres, mientras que un pequeño grupo se beneficia de los modestos grados de progreso. Según cifras oficiales, Colombia es el cuarto país más desigual del mundo tratándose de distribución del ingreso.³⁴⁵ En términos comparados eso significa que de cerca de 200 países que hay en el mundo, Colombia sólo está mejor que tres. Pareciera muchas veces que los déficits en la realización de derechos no son una realidad, sino una estadística.

Si no es la más, por lo menos es una de las principales formas que ha encontrado la Corte Constitucional para responder ante la disociación entre el derecho y la realidad, es la doctrina del Estado de cosas inconstitucional. Algunas de estas características políticas y sociales que aquejan a Colombia legitiman la intervención de la Corte Constitucional en el proceso de formación de las políticas públicas. Al contrario de lo que muchos críticos afirman, al menos respecto de uno de los casos más contenciosos como el Estado de cosas inconstitucional declarado a las víctimas del delito de desplazamiento forzado, ese tribunal no diseña como tal la política pública.³⁴⁶ Se articula con el gobierno y el congreso, pero sobre todo con el gobierno, en dicho proceso en dos formas básicamente: al inicio señalando un evento como cuestión que debe merecer la atención estatal, y al final revisando en la etapa de evaluación los resultados de la implementación de la política diseñada por el respectivo organismo gubernamental. Las órdenes complejas que imparte un juez en casos que las requieran no establecen cuáles deben ser las medidas específicas que deben adoptarse, sino que están en general orientadas a lograr que se adopten a lo largo del proceso de diseño, implementación, evaluación y control.³⁴⁷ La Corte en general ha procedido consciente de que su labor no consiste en formular una política pública, sino en integrarse en dicho proceso, conminando a crear al organismo estatal que

a fin de evitar los efectos de todo ello". ICRC (septiembre 2002). *Preguntas y respuestas sobre el desplazamiento forzado*. <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdqng.htm> consultado el 22 de agosto de 2013.

³⁴⁵ Gini de 0.58. Un país es más desigual mientras más se acerque a 1. En 2005 se registraba un índice de 0.55.

³⁴⁶ Muller, Pierre, *Las políticas públicas*, 3a. ed., Bogotá, Universidad Externado, 2010, cap. 2, *Diccionario de Políticas Públicas*, Bogotá, Universidad Externado, 2009.

³⁴⁷ Sentencia T-418 de 2010.

debe hacerlo o impartiendo órdenes que impulsen la ejecución efectiva de una política ya existente. En todo caso ha exigido también que en audiencias se le rinda cuenta del cumplimiento de las órdenes que imparte.

Este planteamiento marca una diferencia en el debate, porque, por un lado, permite reconocer que en virtud al principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público para la consecución de los fines del Estado, la Corte puede y debe intervenir en la toma de decisiones que contribuyan a que en Colombia, en tanto democracia constitucional en formación, todos sean beneficiarios del progreso. En sociedades inequitativas o “no-bien ordenadas” por parodiar a Rawls, los derechos sociales deben ampararse porque son precondiciones para el goce de los derechos de libertad.

Fallos activistas que pretendan usurpar funciones e impartir órdenes particularmente ambiciosas, absurdas o sin sustento en la planeación, pueden objetarse en casos concretos, así como puede objetarse igualmente el inadecuado comportamiento de algunos exmagistrados que han querido sacar réditos electorales de las sentencias de las que fueron ponentes, sin que ello implique que se pueda criticar a la institución como tal. Puede eludirse sin reproche la responsabilidad de tener que argumentar sobre la importancia del rol de la Corte Constitucional en veinte años de creación y desarrollo del derecho. Ha visibilizado muchos problemas sociales que antes sólo eran conocidos por especialistas que los estudiaban, permitiendo así que adquirieran significancia política. Ha forzado a sectores importantes de la política y la opinión pública para que presten atención a cuestiones sociales antes ignoradas, así como a configurar una postura frente a ellas. Institucionalizó el Estado social de derecho, que, como modelo ideológico y fórmula política, cuenta con elementos básicos, como el respeto a la dignidad humana (artículo 1), la proclamación de principios de democracia, participación y pluralismo (artículo 1), la atribución a la Constitución de carácter supremo (artículo 4), la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5), el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos fundamentales y sociales (título 2, caps. 1 y 2) y la garantía jurisdiccional de la Constitución (capítulo 4).

En particular, la consagración de la efectividad de los principios y derechos como fines esenciales del Estado (artículo 2) ha tornado cardinal los problemas relacionados con la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales. Las disposiciones iusfundamentales que establecen los derechos determinan límites formales y materiales a los poderes públicos, pero también a los privados. Las normas dogmáticas le determinan a las normas orgánicas, tanto lo que deben hacer como lo que les está permitido hacer. Esta posición explica por qué los problemas relativos al concepto, la estructura y la interpretación de los derechos fundamentales han ocupado un lu-

gar sobresaliente en la jurisprudencia constitucional y en la dogmática del derecho público colombiano, desde la génesis misma de la jurisprudencia constitucional en 1992. Es por eso que la pregunta ¿dónde están consagrados los derechos fundamentales? no se puede responder haciendo referencia al título respectivo de la Constitución, sino a los numerosos volúmenes de jurisprudencia constitucional.³⁴⁸

El progresismo no sólo es entonces admisible, sino también deseable porque la Corte Constitucional tiene un deber de colaborar armónicamente con los órganos del Estado para la realización de sus fines, y uno de ellos, el más importante, es precisamente la realización de los derechos. Se trata del fin más importante, porque además de imponer límites al legislador respecto de los mecanismos para tramitar sus propias reformas y para promulgar leyes, las Constituciones contemporáneas amplían las exigencias a todos los poderes públicos, por lo cual acontece un cambio en la idea de la Constitución como límite al orden jurídico hacia la idea del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales.³⁴⁹ La vinculación constitucional de los poderes públicos a los derechos fundamentales torna cardinal en la democracia colombiana la función de la institución a la que se le ha encargado el resguardo del texto fundamental de los intentos por suplantarlo o recortarlo en sus garantías normativas. Gracias a la Corte Constitucional los derechos ya no están necesariamente sujetos a leyes que reglamenten su ejercicio. La razón de ser del Estado aparato (parte orgánica) no es otra más que la protección y garantía de los derechos (parte dogmática). Los fallos activistas que pretendieran usurpar funciones e impartir órdenes particularmente ambiciosas y sin sustento en la planeación deben objetarse en casos concretos.

II. PROGRESISMO JUDICIAL Y EXPANSIÓN CONSTITUCIONAL MATERIAL

Las decisiones que ha tomado la Corte Constitucional la han situado a la vanguardia del constitucionalismo en la región.³⁵⁰ La multiplicidad de cues-

³⁴⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

³⁴⁹ Aguiló, Josep, “Sobre la Constitución en el Estado Constitucional”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 454 y 456; “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, *cit.*

³⁵⁰ Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado, 2004; *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005; Bonilla, Daniel e

tiones sobre las que ha decidido y el contenido de sus sentencias (fundamentación, enfoque teórico, metodología y creatividad), así como el progresismo que las ha inspirado, constituyen factores de singular importancia en el examen relativo a la novedad del constitucionalismo colombiano y su gran potencial para ejemplificar las formas como es posible mediante el derecho, y en particular mediante el activismo judicial, elevar los índices de justicia social y los factores de inclusión.

Se ha argumentado que es el tribunal judicial más poderoso del mundo, incluso respecto de la Corte Suprema de los Estados Unidos;³⁵¹ asimismo, que supone el punto de inflexión que marca en Latinoamérica el inicio y establece las bases para el desarrollo de una forma constitucional propia durante las dos últimas décadas.³⁵² Los rasgos pioneros que marcaron el cambio de paradigma constitucional en 1991 serán desarrollados por los procesos adelantados en Venezuela, Ecuador y Bolivia,³⁵³ países a los cuales además fueron invitados como asesores exconstituyentes colombianos.

Una pregunta que se podría formular en este punto es si todo progresismo jurisprudencial comporta necesariamente un activismo judicial, que se juzga usualmente como reprochable. Es decir, podemos argumentativamente distinguir entre actuaciones deseables de un tribunal comprometido con la realización de los derechos, y actuaciones indeseables porque comportan una pretensión de sustitución o reemplazo a los órganos encargados del diseño y la ejecución de las políticas públicas, como son el Ejecutivo y el legislativo. Cabe preguntarse si es posible, por un lado, afirmar la naturaleza deseablemente progresista de ciertos casos tomados en ejercicio de un objetado activismo, y por otro, considerar que no se trata de una pretensión de sustituir otras instituciones públicas desequilibrando el poder mediante una atribución excesiva de competencias.

Dentro de las sentencias que ha fallado la Corte en veinte años de prolija labor se destacan aquellas en las cuales se ha incorporado en el proceso de formación de las políticas públicas. Los argumentos que ha esgrimido

Iturralde, Manuel (eds.), *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.; Cepeda, Manuel José, *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007; Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado, 2005.

³⁵¹ Landau, David, "Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010.

³⁵² Noguera Fernández, Albert y Criado de Diego, Marcos, "La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina", *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, enero-junio, 2011.

³⁵³ *Idem*.

para fundamentar sus decisiones, han sido diversos. En general, las sentencias encuentran argumentaciones iusfundamentalmente correctas en el amparo a la dignidad humana, en el goce efectivo de los derechos y en la importancia que asigna a la realización del modelo ideológico y la fórmula política del Estado social de derecho, institucionalizado en la Constitución, que proclamó principios de participación, solidaridad y pluralismo; consagró la efectividad de los principios y derechos como fines esenciales del Estado, dotó a la Constitución de garantía jurisdiccional, reconoció un catálogo de derechos fundamentales y sociales que son inalienables, y vinculó los poderes públicos a los derechos fundamentales.

La Corte también ha innovado en los efectos que les ha asignado. Aunque la tutela se diseñó para que tuviera en principio solo efectos entre el actor y la institución o persona tutelada (efectos *inter partes*), la Corte ha otorgado efectos más extensos abarcando a personas que no interpusieron la acción, pero que se encuentran no obstante dentro del grupo que padece la misma afectación en sus derechos (efectos *inter comunis*). También ha establecido efectos retroactivos o diferidos en el tiempo de sus sentencias. Las sentencias modulativas condicionan la constitucionalidad de una norma determinada a que se interprete de una forma expresamente señalada por la Corte o complementan la disposición con un contenido normativo para hacerla conforme a la Constitución.³⁵⁴

³⁵⁴ Dentro de los casos más polémicos que han involucrado modulación de efectos de sentencias se encuentran aquellas sobre parejas del mismo sexo. Por ejemplo, la expresión “familiar” del artículo 163 de la ley 100 de 1993, que creó el sistema de seguridad social integral, fue sometida a examen constitucional, y en sentencia C-811 de 2007 se decidió que es constitucional en el entendido que se aplica a las parejas integradas por personas del mismo sexo el régimen de protección consistente en la cobertura familiar del plan obligatorio de salud (POS) del régimen contributivo. En sentencia C-798 de 2008, la Corte moduló el sentido de las expresiones “compañero” y “compañera permanente” en el entendido de que comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo. Reconoció a miembros de parejas homosexuales el derecho a reclamar medios para la subsistencia tal como el derecho alimentario. En sentencia C-336 de 2008 se declaró la constitucionalidad condicionada de las expresiones “compañera o compañero permanente” de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993. Tales expresiones deben significar que las parejas permanentes conformadas por personas del mismo sexo también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente. Sostuvo la Corte que la Constitución garantiza, en el caso de la pensión de sobreviviente, la posibilidad de reconocer el goce efectivo de los derechos a las parejas homosexuales, en igualdad de condiciones a las parejas heterosexuales, porque “no existe un fundamento razonable para explicar el trato desigual”. Excluir a las parejas homosexuales de la pensión de sobrevivientes no responde a un principio de razón suficiente. El déficit de protección vulnera la prohibición de discriminación, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. En sentencia C-029 de 2009 la Corte declaró constitucional condicionadamente una serie de normas que creaban beneficios o imponían cargas cuyos destinatarios eran las parejas

Desde el inicio del ejercicio de la jurisdicción constitucional en 1992 se ha asistido a una expansión de los contenidos constitucionales materiales³⁵⁵ que se evidencia entre otros fenómenos en el reconocimiento de los principios como orientadores de la puesta en práctica de los derechos, la vinculación de los poderes públicos a los derechos constitucionales fundamentales, la ubicuidad de los derechos respecto del derecho en general que los hace potencialmente relevantes en cualquier escenario jurídico y la garantía a todos los derechos y, en particular por la creciente desigualdad, a los sociales en el marco de una economía libre, pero solidaria de mercado.

Dos características del sistema jurídico colombiano íntimamente relacionadas son explicativas del fenómeno de la expansión de los contenidos constitucionales materiales: la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales y los efectos extendidos de la tutela. La declaratoria del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento constituye uno de los más elocuentes fenómenos en el marco de dicha expansión, que se evidencia igualmente en la constitucionalización del derecho. La deseable constitucionalización se balancea en un equilibrio muchas veces inestable entre dos riesgos indeseables: la sobreconstitucionalización en virtud de la cual todo el derecho estaría en la Constitución (como si fuera un “huevo jurídico originario”, según la expresión de Forsthoff) y la infraconstitucionalización, que tornaría inocua la fuerza vinculante de la Constitución y valor normativo de los derechos, así como las competencias de la Corte Constitucional.³⁵⁶

heterosexuales, mas no las homosexuales. Permitió la protección de los compañeros permanentes del mismo sexo en ámbitos civiles, políticos, penales, sociales, laborales, migratorios y de justicia. Se regularon deberes de estas parejas y se les aplica desde entonces el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos y el régimen de contratación estatal. Considerando que la pareja goza de protección constitucional, independientemente de que se trate de heterosexuales u homosexuales, reiteró la Corte que toda distinción que se origine en la orientación sexual de las personas debe someterse a un examen de proporcionalidad para determinar si la distinción configura o no discriminación. Para un contexto de la discusión, véase Albarracín, Mauricio, “Corte Constitucional y movimientos sociales. El reconocimiento judicial de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 8, núm. 14, 2011.

³⁵⁵ Para una crónica de este fenómeno véase Cepeda, Manuel José, *Derecho constitucional jurisprudencial*, Bogotá, Legis, 2001.

³⁵⁶ Encontrar la medida correcta de la constitucionalización es el objetivo de la construcción de una dogmática de los márgenes de acción, ya que permite establecer el margen de discrecionalidad del Legislador desde la determinación de las competencias atribuidas constitucionalmente a las ramas del poder. Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado, 2003. Fue también receptada tempranamente en Colombia una idea de “margen de acción” normativa de que goza el legis-

Sería particularmente problemático si la densidad normativa material de la Constitución se tornara indeterminada o ilimitada. Si bien se han cometido errores y hay peligros que constantemente asechan el trabajo de la jurisdicción constitucional, en Colombia ha sido en general adecuada la constitucionalización del derecho³⁵⁷ y la sujeción a los derechos fundamentales de los poderes públicos. No adolecemos de sobreconstitucionalización, que como insiste Alexy debe ser evitada tanto como la infraconstitucionalización.³⁵⁸ Debido a que la Corte tiene un deber de colaborar armónicamente con los órganos del Estado para la realización de sus fines, y uno de ellos es la realización de los derechos, el progresismo no solo es admisible, sino también deseable.

En el contexto de un derecho constitucionalizado y ante reiteradas críticas de activismo y progresismo jurisdiccional, hay que precisar que la Constitución es al tiempo un “orden marco” y un “orden fundamental”. La Constitución es un orden marco, porque establece un marco —dentro del cual puede actuar el Legislador— que está erigido por lo prohibido, que se torna *constitucionalmente imposible*, y por lo ordenado, que es lo *constitucionalmente necesario*. Lo discrecional es lo que está dentro de las paredes establecidas por ese marco, que es entonces lo *constitucionalmente posible*. Lo discrecional es lo que constituye el margen de acción.³⁵⁹ El concepto de Constitución

lador, usando los conceptos (1) “Margen de configuración”: C-272 de 1994, C-803 de 2009, C-1061 de 2008, C-597 de 2010 (intervenciones del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Comercio, además del establecimiento del problema jurídico), T-218 de 2004, C-791 de 2006, C-1025 de 2001, C-468 de 2008, C-403 de 2007, C-1065 de 2008, C-568 de 2004, C-378 de 2008, C-788 de 2009, C-243 de 2006, C-428 de 2002, C-692 de 2008, C-1003 de 2005, SU-975 de 2003, C-561 de 2004, C-1264 de 2005, C-800 de 2008, C-007 de 2002, C-246 de 2006, C-173 de 2006, C-103 de 2005, C-369 de 2006 (citando las sentencias C-871 de 2002, C-568 de 2004 y C-423 de 2005). La sentencia C-945 de 2003 cita la intervención del Ministerio de Hacienda en sentencia C-341 de 1998. (2) “Facultad legislativa”: C-010 de 2002, C-230 de 1996, C-185 de 1997. (3) “Margen de apreciación”: T-052 de 1996, C-071 de 2009, C-026 de 1998, T-573 de 1997, C-802 de 2000, C-233 de 1997. (4) “Margen de apreciación”: C-333 de 2001, C-204 de 2001, C-424 de 2006, C-521 de 1999, C-226 de 2002, C-1252 de 2001 (margen del gobierno). (5) “Campo de configuración normativa”: C-1194 de 2008, C-1074 de 2002 (concepto del Procurador).

³⁵⁷ Sobre la constitucionalización del derecho penal véase C-038 de 1995. Sobre la constitucionalización de los principios tributarios y la responsabilidad objetiva, C-690 de 1996, y sobre la constitucionalización del derecho procesal, C-131 de 2002.

³⁵⁸ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit.

³⁵⁹ La Constitución es un orden fundamental desde dos puntos de vista, *cuantitativo* si llegase a tener previsto para todo un mandato o una prohibición, o sea, si no estableciera en absoluto la posibilidad de la discrecionalidad (la Constitución como el huevo de Forsthoff). Es un orden fundamental *cualitativo* si resuelve las preguntas consideradas fundamentales por una sociedad en un momento determinado.

como orden marco es compatible solo con el orden fundamental en sentido cualitativo. La Constitución prohíbe y ordena actuaciones, pero también deja un espacio para el ejercicio de la discrecionalidad.

La cuestión es cómo lograr comprender adecuadamente a la Constitución desde un equilibrio entre orden fundamental y orden marco sin incurrir, por ejemplo, en la que Sunstein denomina la “falacia del activista”, según la cual si algo es muy bueno, entonces la Constitución lo exige, independientemente de la posibilidad de establecer un principio sólido que sustente la posición.³⁶⁰ La comprensión adecuada de la Constitución como orden fundamental y orden marco significa que debe ser concebida al tiempo como norma que está en capacidad de resolver asuntos fundamentales en una comunidad en un tiempo determinado (Constitución como orden fundamental cualitativo), y como norma que, además de prohibir y ordenar, deja muchas preguntas sin resolver, abriendo así un espacio para el ejercicio jurisdiccional discrecional (Constitución como orden marco).

Las Constituciones con amplios catálogos de derechos y eficaces mecanismos judiciales para su protección han sido el marco normativo para la amplia judicialización de la política que en los últimos años ha acontecido en América Latina, sobre todo en países como Colombia, Brasil y Costa Rica. La consagración de la efectividad de los principios y derechos como fines esenciales del Estado ha tornado cardinal en el sistema jurídico colombiano los problemas relacionados con la garantía efectiva de los derechos fundamentales.

A pesar de los embates de poder, de las columnas de prensa que intentan desprestigiarla y de sentencias desafortunadas, la Corte hasta diciembre de 2010 tenía una favorabilidad de 57% y la encuesta Gallup de inicios de 2011 arrojó un ascenso de casi diez puntos porcentuales en dicha cifra.³⁶¹ Esto resulta más llamativo aun cuando se contrasta con el pálido 33% de favorabilidad del sistema judicial en general, lo cual lo hace una de las instituciones públicas más desprestigiadas. La aceptación pública de la Corte y la legitimidad que ostentan sus fallos se explican en gran parte en la alta imagen positiva que registra en la opinión pública respecto de la imagen de los otros poderes públicos.

Conforme a Landau, la Corte ha reemplazado al Legislador mediante tres tipos de intervenciones: reemplazo de iniciativas de políticas públicas, cuando advierte que las demás ramas hacen caso omiso de temas de impac-

³⁶⁰ Sunstein, Cass, *Radicals in Robes*, Nueva York, Basic Books, 2005.

³⁶¹ “Gallup Poll, bimestral”, 2011. Disponible en docs.google.com/viewer?a=v&pid=explore_r&chrome=true&srcid=0B_rSr6A10PuJzTRkOTQ1MmYtMzI2OC00ODM3LTlkMGU4MDk1YWNlN2JhZTQ4&hl=en, consultado el 4 de marzo de 2011.

to constitucional; aseguramiento del cumplimiento de las políticas públicas del Legislador y las propias, y reemplazo del legislador en el control político de las actuaciones del Ejecutivo.³⁶²

III. PROGRESISMO COMPETENCIALMENTE NO SUSTITUTIVO

Sin pretender articular razonamientos provenientes del derecho comparado, es útil recordar que durante poco más de una década la Corte Suprema estadounidense profirió una serie de decisiones, que no sólo en su momento, sino también ahora, han sido blanco de acérrimas críticas por su accionar “activista”. Se trata del periodo durante la presidencia de Earl Warren, que se conoce como la “Corte Warren” (1953-1969).³⁶³ 184 casos se fallaron, dentro de los cuales se destacan aquellos sobre protección a los derechos civiles, separación entre Iglesia y Estado, y cambio en los procedimientos de arresto e interrogatorio policial para amparar los derechos de los sindicatos.

Recordemos algunos de los casos que fueron más polémicos. En *Gideon v. Wainwright* de 1963, la Corte determinó de forma unánime que los tribunales estatales deben proporcionar a los acusados de un delito que no cuentan con recursos económicos, un representante legal. El fundamento lo encontró la Corte en la sexta enmienda, que reconoce derechos relativos al procedimiento penal (“juicio expedito por un jurado imparcial, el acusado debe conocer la naturaleza y causa de la acusación, a que se le confronte con los testigos que lo acusan, a que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y a contar con la ayuda de un abogado que lo defienda”).

En 1964 se decidieron dos casos: *Reynolds v. Sims*, que, a partir de la doctrina “una persona, un voto” determinó que los congresos estatales deberían ser aproximadamente iguales respecto de su población, y *New York Times v. Sullivan*, que amparó la libertad de expresión estableciendo que la mala intención real, algo así como el dolo, tiene que probarse por el demandante en casos en que se alegue que un medio de comunicación lo difamó.³⁶⁴ *Miranda*

³⁶² Landau, David, “Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law”, *cit.*

³⁶³ La información ha sido recabada de www.law.cornell.edu/supct/ y confrontada y ampliada en algunos casos en: www.supremecourt.gov consultado el 5 de enero de 2011.

³⁶⁴ El contexto de este caso es importante. En Nueva York hubo una marcha a favor de los derechos civiles, la cual terminó en una severa represión policial. Algunos de los afectados que habían participado en la marcha decidieron sacar una nota en el periódico *The New York Times*, donde solicitaron fondos para la defensa de Martin Luther King, que fue acusado de falso testimonio en Alabama. En la nota también se criticó la cruenta represión por parte de

vs. Arizona de 1966 es un caso que estableció una rutina policial que todos conocemos, porque sus efectos se muestran constantemente en las películas cuando capturan a alguien, que le dicen, “Tiene derecho de guardar silencio. Todo lo que diga puede ser usada en su contra... tiene derecho a consultar con un abogado, si no puede pagarlo el Estado le proporcionará uno”. También se le debe preguntar al capturado si entendió sus derechos.

El caso más sonado de este periodo fue *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), el cual constituyó un *overruling* respecto de *Plessy v. Ferguson* (1896) y estableció de forma unánime que la doctrina de negros separados, pero inherentemente iguales, que la misma Corte estableció en *Plessy*, era inconstitucional en todas sus dimensiones, porque separar a las personas por razones de su raza en la educación pública constituía una discriminación, que tendría efectos sobre el desarrollo de los discriminados. La práctica establecida en el caso *Plessy* violaba la provisión de igual protección establecida en la enmienda decimocuarta. En *Brown* famosamente argumentó la Corte que

[Separar a los niños afroamericanos] de otros de edad y capacidades similares únicamente debido a su raza, genera un sentimiento de inferioridad respecto a su estatus en la comunidad, que puede afectar sus corazones y sus mentes de un modo que probablemente jamás será superado... Una sensación de inferioridad afecta la motivación de un niño para aprender. La segregación, con la aprobación de la ley, por tanto, tiende a [retardar] el desarrollo educativo y mental de los niños negros y a privarlos de algunos de los beneficios que recibirían en un sistema escolar racialmente integrado.³⁶⁵

Ante estos casos cabe preguntarse, tratándose como coincidimos en señalar que se trata de casos progresistas, si es posible, por un lado, afirmar su naturaleza deseablemente protectora de derechos y, por otro, considerar que no se trata de casos con la pretensión de sustituir otras instituciones públicas desequilibrando el poder mediante una atribución excesiva de competencias. Hay sin duda que examinar los precedentes locales considerados progresistas que se han tomado y seguido en veinte años de prolija jurisprudencia, pero como punto de partida puede resultar ilustrativo comparar la experiencia de un referente del constitucionalismo global como el estadounidense.

la policía. Se consignaron datos ciertos y algunos falsos, porque no fue posible por ejemplo determinar el número real de heridos, no se incluyeron estos datos falsos en la nota por mala fe. El jefe de la policía consideró que se le había injuriado con la información publicada. Judicialmente se debió decidir entonces si se amparaba el derecho al honor o si se amparaba el derecho a la libertad de expresión. El debate público robusto debe prevalecer.

³⁶⁵ Traducción propia. Sobre esta decisión, consúltense Wechsler, Herbert, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, núm. 73, 1959.

IV. NECESIDAD DE INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

La disociación entre un *law in books* garantista, incluyente e igualitario, y un *law in action* que rige en uno de los países más desiguales de la región más desigual del mundo y con masivas violaciones a los derechos humanos, suscitó desde las mismas comisiones de la Asamblea Nacional Constituyente, debates que se extienden hasta la actualidad.³⁶⁶ Debates sobre la imposibilidad material de cumplir las promesas, que en forma de derechos y principios se consagran en la Constitución. La Corte Constitucional, siguiendo sus antecedentes jurisprudenciales y el fundamento teórico que ha usado en su respaldo, ha creado instituciones judiciales para delimitar competencialmente su rol en las democracias constitucionales y para dotar de solidez y racionalidad su práctica argumentativa. Dentro de la configuración local del neoconstitucionalismo transnacional, lo que se ha denominado “nuevo derecho”, se destaca la necesidad de realización de las expectativas y necesidades de la comunidad acercando el derecho a la realidad.

Respecto de los derechos fundamentales, Alexy ha enfatizado en su irradiación al ordenamiento jurídico y en sus efectos hacia terceros como las tesis que superan los problemas propios del derecho constitucional y se relacionan directamente con el derecho civil, penal y con la relación entre los poderes Legislativo y Judicial. Tras la legislación y la jurisdicción constitucional se encuentra la tensión entre los derechos fundamentales y la democracia,³⁶⁷ porque un sistema político democrático no se establece con la mera configuración de la voluntad general a través del voto, sino que el modelo de la democracia constitucional es normativo en tanto la expresión popular está indisolublemente ligada con la proclamación normativa con eficaz garantía de los derechos fundamentales.

La democracia constitucional es un modelo normativo por dos razones: su estrecha relación con los derechos fundamentales que, más que límites, son su auténtica sustancia,³⁶⁸ y porque no *describe cómo son* las cosas en

³⁶⁶ Véase, por ejemplo, de Sousa Santos, Boaventura y García Villegas, Mauricio (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001; Carrasquilla, Alberto, “Economía y Constitución, hacia un enfoque estratégico”, *Revista de Derecho Público*, Bogotá, Universidad de los Andes, núm. 12, 2001; Clavijo, Sergio, *Fallas y fallos de la Corte Constitucional*, Bogotá, Alfaomega-Cambio, 2001; Kalmanovitz, Salomón, *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*, Bogotá, Norma, 2001.

³⁶⁷ Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2010.

³⁶⁸ Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, secc. 1,3.

realidad, sino que *prescribe cómo deben ser*. El Poder Judicial, que cuenta con mayores cargas de argumentación respecto de las que se exigen al Poder Legislativo,³⁶⁹ resguarda la articulación entre la democracia política y los derechos fundamentales. Las respuestas que se otorguen a las cuestiones que surgen desde la dogmática de los derechos fundamentales tienen consecuencias para la estructura del sistema jurídico en su totalidad.³⁷⁰ Esto se puede ilustrar desde el rol desempeñado por la Corte con las órdenes complejas que emite en sentencias y autos de cumplimiento que se dirigen hacia diversas autoridades públicas, como seguimiento permanente según las circunstancias de una situación de manifiesta inconstitucionalidad que se prolonga en el tiempo.³⁷¹

Una de las principales instituciones que ha creado la Corte a partir de una sólida doctrina es el Estado de cosas inconstitucional. En este capítulo se analiza esta figura como creación doctrinaria en virtud de la cual se han desplegado, de forma inédita en la historia de la democracia constitucional colombiana, las posibilidades de reforma y cambio sociales en contextos determinados por la desigualdad, la pobreza, el déficit en la protección de derechos y los problemas relacionados con la falta de representación real de la ciudadanía ante las instancias de decisión política. Si bien es necesario que los derechos estén amparados por provisiones que reconozcan su garantía, porque por ejemplo en Chile y Estados Unidos por falta de inclusión normativa la protección de los derechos sociales ha sido más compleja y ha estado más sometida a la voluntad del Legislativo, la protección del catálogo de derechos que existe en las Constituciones recién promulgadas en la región requiere otros presupuestos adicionales a su consagración. Si los derechos sociales son programáticos, lo mínimo que la Corte ha exigido a las autoridades públicas es que estructure e implemente programas para garantizarlos. Además de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión, la demanda por la protección de derechos en las distintas declaratorias de Estados de cosas inconstitucionales comporta sobre todo derechos sociales (educación, salud, alimentación mínima, vivienda digna y trabajo).

³⁶⁹ Alexy, Robert, “Constitutional Review as Argumentative Representation” [inédito] trad. de Leonardo García J., en Henao, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2013.

³⁷⁰ Sobre este punto resulta relevante analizar la problemática de la dogmática de los márgenes de acción. Véase, Alexy, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario-jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit.

³⁷¹ Sentencia T-881 de 2006.

Los derechos sociales que han protegido a numerosas personas mediante diversos tipos de instituciones judiciales y doctrinas jurisprudenciales son precondiciones para el ejercicio de los derechos de libertad. La persona desfavorecida valora que haya derechos efectivos en los que se le proteja de la esclavitud o en los que se le garanticen las libertades de expresión, culto, enseñanza y circulación, por ejemplo. Sin embargo, para esa misma persona tendrán más importancia los derechos que le permitan superar su situación existencial deficitaria, para la cual las libertades jurídicas no le sirven para nada, son, en este contexto, “fórmulas vacías”.³⁷² La función de las autoridades públicas respecto del goce efectivo de los derechos no solo consiste en la garantía de esferas libres de interferencia ajena a los ciudadanos, sino también en asegurar condiciones materiales mínimas de existencia, de lo cual emana la realización estatal progresiva de los derechos sociales.³⁷³

La importancia de proteger los derechos sociales radica en que procuran crear las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igualdad, que es esencial para el ejercicio efectivo de la libertad; es decir, son un presupuesto para el ejercicio de los derechos de libertad para la población en situación de déficit en la protección de sus derechos.³⁷⁴ Bobbio argumentó a favor de la necesidad de incluir los derechos sociales en la agenda política, porque constituyen el supuesto de un efectivo ejercicio de los derechos de libertad. Solo si existieran las libertades negativas todos serían igualmente libres, pero no todos tendrían igual poder, por lo cual es necesario que se reconozcan los derechos sociales que sitúan a las personas en condición de tener el poder de hacer aquello que son libres de hacer. El reconocimiento de estos derechos requiere la intervención directa del Estado hasta tal punto que también se denominan derechos de prestación, precisamente porque requieren que el Estado intervenga mediante prestaciones adecuadas.³⁷⁵

El presidente Obama, en su discurso de aceptación del premio Nobel de Paz 2009, afirmó en este sentido que:

una paz justa incluye no sólo derechos civiles y políticos, sino que tiene que abarcar la seguridad económica y las oportunidades. Para alcanzar una verdadera paz no sólo hay que estar libre de temor, sino también libre de carencias. Es indudablemente cierto que el desarrollo rara vez se arraiga sin seguridad, pero también es cierto que la seguridad no existe allí donde los

³⁷² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 488 y ss.

³⁷³ Sentencia C-251 de 1997.

³⁷⁴ Sunstein, Cass y Holmes, Stephen, *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, W. W. Norton, 2000; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

³⁷⁵ Bobbio, Norberto (ed.), *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 541.

seres humanos no tienen acceso a alimentación suficiente, agua potable, medicamentos o a refugio, lo cual necesitan para sobrevivir. No existe cuando los niños no pueden aspirar a una educación decente o a un empleo que pueda mantener a una familia. La falta de esperanza puede pudrir a una sociedad desde su interior.³⁷⁶

En la sentencia que declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento, la Corte sostuvo que “En un Estado social de derecho las autoridades tienen la obligación de corregir las desigualdades sociales, facilitar la participación de los sectores débiles y vulnerables, y estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la población”. Si bien reconoce que esto debe hacerse a partir de medidas legislativas considerando que está sujeto a las apropiaciones presupuestales, ello no justifica que sea aplazado indefinidamente hasta cuando el Congreso le preste atención al problema. La Corte se había referido en distintas ocasiones a la gravedad de la situación de protección de derechos de numerosas comunidades de personas.

La transformación en la idea de Constitución formal por Constitución material es uno de los aspectos cardinales en la recepción del neoconstitucionalismo. La necesidad de implementar y elevar a rango constitucional los principios que comportan las provisiones Constitucionales condujo a la transformación de un modelo de Estado con un complejo sistema político-administrativo. En Europa, a principios del siglo pasado, se dejó atrás el modelo de Estado liberal para darle cabida al Estado de bienestar en respuesta a las demandas de movimientos sociales, y con el antecedente del nacimiento de la seguridad social en la Alemania de Bismarck, con las leyes de seguro de enfermedad (1883), seguro contra accidentes de trabajo (1884) y seguro contra la invalidez y la vejez (1889); la evolución constitucional de Weimar en Alemania, y del *New Deal* de Roosevelt en los Estados Unidos. En Colombia, las necesidades sociales y las transformaciones globales tornaron imperativo el cambio del Estado de derecho hacia un Estado social, o constitucional, de derecho, que procura no solo determinar reglas amplias de competencia, sino sustentar la garantía a los derechos que se les deben asegurar a los ciudadanos.

Al reconocer la situación de vulnerabilidad del grupo y el hecho de que las instituciones no están promoviendo medidas de política para remediar tales situaciones que comportan diversas violaciones de derechos, la Corte

³⁷⁶ Obama, Barack, *Nobel Lecture: A Just and Lasting Peace*. *Nobelprize.org*. http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/2009/obama-lecture_en.html. consultado el 9 de enero de 2010, traducción propia.

fundamenta el hecho de intervenir en la lógica política del Ejecutivo en materia de programación y ejecución del gasto público, al señalar una urgencia imperativa de atender determinado grupo a partir de las situaciones que se presentan en la violación de sus derechos de manera directa, como el caso del desplazamiento o estableciendo medidas y plazos para que las instituciones obligadas cumplan con sus obligaciones constitucionales y legales, como en el caso de las prisiones. Se violan más derechos humanos en las cárceles colombianas que en prisiones iraquíes de *Abu Ghraib*.

V. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

La doctrina de creación jurisprudencial del Estado de cosas inconstitucional surgió como respuesta judicial a la necesidad de reducir, en casos determinados, la dramática separación entre las consagraciones de la normatividad y la realidad social en un país tan particularmente garantista en sus normas como desigual en su realidad.³⁷⁷ La doctrina surge de la interpretación constitucional sistemática (preámbulo y catálogo de derechos) y de las renovadas prácticas jurisprudenciales, en virtud de las cuales se conciben de manera progresista las facultades otorgadas a la Corte para supervisar el cumplimiento de las órdenes que imparte.

La paradoja de ser un país desigual, pero con una amplia consagración de derechos sociales, que procuran crear las condiciones de igualdad material mínima para que las personas puedan disfrutar de los derechos de libertad, ha sido lo suficientemente señalada por la doctrina. La declaratoria de estados de cosas inconstitucionales ha comportado esencialmente la necesidad de proteger los derechos constitucionales (fundamentales y, particularmente en el caso del desplazamiento, sociales) de una comunidad numerosa de personas que por tiempo extendido han sufrido una violación sistemática de los mismos, y sin atención significativa cuando se realizaron las solicitudes por las vías ordinarias establecidas. Con la declaratoria se evita la congestión en los despachos judiciales, porque en caso contrario muchas personas acudirían a la tutela solicitando la misma protección.³⁷⁸

³⁷⁷ Se denominó “Estado de cosas contrario a la Constitución política”. SU-559 de 1997.

³⁷⁸ En la sentencia SU-090 de 2000 se había indicado que procede la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional si se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas —que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales— y si la causa de esa vulneración es imputable a otras instancias además de la demandada, porque reposa en factores estructurales.

La Corte estructuró dicha doctrina para juzgar, no un acto del Estado o de alguno de sus órganos, sino para juzgar una realidad. Dicha doctrina parte de confrontar la realidad con un juicio normativo y concluye si está ante situaciones que no son compatibles con la Constitución. La Corte pretende contribuir a transformar la realidad más allá del caso concreto de la tutela, para que el contexto en el cual está inserto el caso se acerque cada vez más a los postulados constitucionales. Acumula expedientes de casos similares y decide casos complejos de manera conjunta.

Además de su fundamentación constitucional en la cláusula del Estado social y democrático de derecho, en los principios constitucionales, en el catálogo de derechos y en doctrinas como el efecto de irradiación de los derechos y la integridad de la Constitución, el estado de cosas inconstitucional encuentra fundamento normativo en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, en el cual se estipula que “el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las acusas de la amenaza”.

Determinar el inicio y la superación de la declaratoria corresponde a la Corte, la cual asimismo ha precisado las ocasiones cuando se presenta. Dos condiciones son esenciales para declararlo en un caso concreto: violación de derechos fundamentales, que es, a la vez, sistemática y afecta a muchas personas que podrían por tanto recurrir a la tutela para solicitar que se les protejan sus derechos, y desprotección, que no solo es atribuible a la acción, o más bien a la inacción o acción insuficiente, de la autoridad demandada, sino que comporta factores estructurales.³⁷⁹

Las causas por las cuales se presenta están relacionadas con problemas estructurales en las políticas públicas, que consisten en acciones u omisiones estatales en el diseño, implementación y seguimiento de las mismas, como consecuencia de lo cual sistemática y prolongadamente se han omitido diversos tipos de garantías o se han vulnerado de manera directa y generalizada los derechos fundamentales de un número plural de personas que hacen parte de poblaciones desfavorecidas y vulnerables.

Además del deber que tiene la Corte de colaborar armónicamente con los órganos del Estado, otro criterio constituye la genealogía del concepto, a saber: la efectividad de la tutela como mecanismo procesal idóneo para la protección de derechos fundamentales vulnerados. Cuando la Corte observa una violación masiva y progresiva de derechos de un grupo determinado, se

³⁷⁹ Estas condiciones se han cumplido hasta la posterior sofisticación de la doctrina en la sentencia que declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento, por ejemplo, en la SU-090 de 2000 (caso de omisión en pago de pensiones en el Chocó).

enfrenta al hecho de que miles de tutelas podrán ser presentadas por parte de otros afectados que solicitan la protección de los mismos derechos ante una situación similar de violación, lo cual claramente congestionaría los juzgados y tribunales. La Corte articuló ambas cuestiones al justificar dicha colaboración entre los órganos del Estado cuando el remedio administrativo oportuno puede evitar, en efecto, la excesiva utilización de la tutela por las miles de personas que se harían merecedoras de la misma protección constitucional.

La Corte ha justificado su progresismo en estos casos en la necesidad de que la función judicial no se repliegue en casos difíciles que implican tomar órdenes complejas. La violación sistemática, masiva y prolongada de derechos fundamentales a una población numerosa de personas se caracteriza como un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, empezando, como es lógico, por los funcionarios del Estado;³⁸⁰ un verdadero estado de emergencia social, una tragedia nacional que afecta los destinos de innumerables colombianos, y que marcará el futuro del país durante las próximas décadas. Constatar la ocurrencia de un estado de cosas inconstitucional implica reconocer el fracaso del constitucionalismo y sus valores fundacionales, pues ocasiona una tensión entre la organización política y la prolífica declaración de derechos constitucionales, respecto de la cotidiana exclusión de ese acuerdo de millones de personas.³⁸¹

El estado de cosas inconstitucional es una doctrina que se creó localmente para responder a las particularidades de un contexto social desigual y profundamente violatorio de derechos, pero con numerosas cláusulas constitucionales de realización progresiva. Precisamente por ello tuvo una fase de creación y luego otra de profundización y evolución. No se trata, sin embargo, de una doctrina acabada, pues, por ejemplo, subsiste el cuestionamiento por las condiciones de declaratoria de su superación o levantamiento en casos concretos.³⁸² La terminación del estado de cosas inconstitucional no está regulada normativamente.

³⁸⁰ Sentencia T-227 de 1997. La Corte tuteló los derechos de un grupo de desplazados que luego de invadir las instalaciones del Incora firmaron un acuerdo con el gobierno para ser reubicados en un predio, pero mientras se lograba la ejecución del acuerdo la gobernadora de Cundinamarca los acusó de estar vinculados a la guerrilla y ordenó a los alcaldes del departamento evitar problemas de orden público, incluida la limitación a la circulación de los campesinos desplazados, lo cual frustró el proceso de reubicación de los campesinos de dicho grupo. Esta sentencia siguió la advertencia de Francis Deng, representante del secretario general en las Naciones Unidas, en virtud de la cual “La negativa a recibir a los desplazados puede tener graves consecuencias para los derechos humanos”.

³⁸¹ Sentencias SU-1150 de 2000 y T-215 de 2002.

³⁸² Respecto del desplazamiento, Rodolfo Arango ha planteado tres preguntas, que deben abordarse antes de explorar la cuestión de la superación: ¿Cuándo se pierde la condición

Subsiste una indefinición doctrinaria de doble vía: hay casos donde si bien se ha proferido la declaratoria, pareciera que no se cumple con una falla estructural en la protección de un derecho, o en todo caso no se corresponde con las condiciones establecidas para la declaratoria; hay otros casos en los cuales se constata una violación masiva y reiterada de derechos que afecta a un número plural de personas, pero no se declara un Estado de cosas inconstitucional, aunque incluso se realizan preocupantes diagnósticos sobre el desamparo de derechos. Un ejemplo de lo primero es la declaratoria en el caso de la falta de concurso público para el nombramiento de notarios en propiedad; un ejemplo de lo segundo es la consagración iusfundamental de la salud en la sentencia T-760 de 2008, en virtud de la cual se profirieron órdenes generales típicas de la doctrina del estado de cosas inconstitucional.

La Corte ha declarado un estado de cosas inconstitucional en los siguientes asuntos:³⁸³ a) omisión en la inclusión de docentes cotizantes al fondo prestacional del magisterio; b) violación de derechos de sindicatos y reclusos (salud, seguridad social y por hacinamiento); c) falta de protección a la vida de los defensores de derechos humanos; d) ineficiencia administrativa en la Caja Nacional de Previsión (Cajanal) para el trámite de pensiones de jubilación y mora reiterada en resolver derechos de petición; e) dilación injustificada en la liquidación y pago de pensiones (Gobernación de Bolívar, T-525 de 1999 y Gobernación de Chocó, SU-090 de 2000); f) Desplazamiento, y g) omisión de convocatoria a concurso público para la carrera notarial.

Interesa analizar la génesis de la doctrina y su máximo estado de desarrollo y depuración. Para tal fin se sintetizarán los aspectos esenciales de las sentencias que constituyen ambos momentos de creación y desarrollo. En primer lugar, la omisión en la inclusión de docentes cotizantes al Fondo Prestacional del Magisterio en dos municipios de Bolívar y luego la declaración de estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado.

de desplazado?, ¿cuáles son los criterios para superar un ECI?, y ¿en qué relación están la satisfacción del mínimo vital y el goce efectivo de los derechos fundamentales con la superación de del ECI de la población desplazada? Arango, Rodolfo, *Superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado*, documento presentado ante la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, Bogotá, 2008.

³⁸³ En sentencia C-288 de 2010, que declaró la inexecutable del Decreto Legislativo 128 de 2010: “Por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”, la Corte cita una intervención ciudadana en la cual se hace referencia a una declaratoria “tácita” de estado de cosas inconstitucional en materia del derecho a la salud, a partir de la sentencia T-760 de 2008.

El número de tutelas que interponen los desplazados en muchas regiones del país comprueba que las causas violatorias de los derechos se siguen presentando, de lo cual se deriva que ha habido una inacción o una acción insuficiente por parte de las autoridades públicas en el cumplimiento de sus obligaciones. Otra particularidad de la doctrina es que no ampara los derechos solo de quienes interponen acciones de tutela, sino de quienes se encuentran en la misma situación.

Además de la formulación o implementación de políticas para remediar la violación de derechos, la Corte, dentro de las órdenes complejas que imparte en las sentencias que declaran un Estado de cosas inconstitucional, exige la coordinación de esfuerzos institucionales diseñar y poner en práctica planes de acción. Por esta razón, la doctrina ha promovido la colaboración entre diferentes organismos del Estado para contribuir a resolver la violación de derechos.

Caso 1: omisión de afiliación a docentes al fondo de prestaciones sociales del magisterio

La Corte enfrentó en la SU-559 de 1997 la omisión de dos municipios del departamento de Bolívar en afiliarse a los docentes del magisterio a su respectivo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales. Ni recibían las prestaciones sociales en materia de salud ni estaban afiliados a algún fondo, a pesar de que se les descontaba el 5% del salario para el pago de las respectivas prestaciones. En la sentencia se acumularon dos expedientes por parte de numerosos actores que llevaban varios años trabajando como docentes, respectivamente, en los municipios de Zambrano y de María la Baja, Bolívar. Instauraron acciones de tutela contra los alcaldes por no haberlos afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual les vulneraba sus derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social y al trabajo.

Por ley deben ser afiliados al fondo los docentes del magisterio de todo el país que son financiados con recursos propios de los entes territoriales —departamento, distrito o municipio—. Ambos alcaldes reconocieron que los docentes no estaban afiliados a ningún fondo y que el municipio en efecto descontaba un porcentaje del salario mensual. El alcalde de Zambrano indicó que se estaban adelantando los trámites pertinentes para realizar la respectiva afiliación. Por su parte, el alcalde de María la Baja justificó el hecho en que el municipio no tenía recursos suficientes para hacerlo. Incluso expresó que no sería posible darle cumplimiento a la tutela en caso de que

se reconocieran las pretensiones. El dinero correspondiente al descuento se utilizaba para pagarles cuentas médicas.

A juicio de los juzgados promiscuos de instancia que conocieron las tutelas, había otros medios judiciales para lograr dicha protección. Adicionalmente, para el de Zambrano, como no se demostró amenaza real para la vida de los actores, no era necesaria la protección del derecho a la salud de los docentes vía tutela. En segunda instancia, por una parte, se sostuvo que no se probó el vínculo con el municipio, y por otra, se reiteró que se contaba con otros medios judiciales, y que no se probó la amenaza a un derecho fundamental. La falta de conexidad entre los derechos a la salud y a la vida hacía no tutelable el primero.

La Corte revocó los fallos de instancia y, con fundamento en el derecho a la igualdad, concedió la tutela, por lo cual a los municipios demandados se les dio un término para afiliar a los actores al fondo. El problema jurídico que encontró fue determinar la presunta violación, por parte de los alcaldes demandados, de los derechos fundamentales de los actores por haber omitido la afiliación a un fondo de prestaciones sociales a pesar del descuento salarial que se les realizaba. Analizó la política económica de la educación respecto de la distribución inequitativa del situado fiscal, que toma en consideración la distribución geográfica de los docentes, más que las necesidades reales de educación de la población escolar, el nombramiento de nuevos docentes sin contar con los recursos presupuestales necesarios que garanticen la remuneración completa y la concentración de los docentes en los centros urbanos en demérito de las necesidades de poblaciones que deben destinar muchos recursos propios para suplir la demanda por cupos escolares. En el caso de los maestros, el generalizado incumplimiento de obligaciones legales por parte de los municipios respecto de su afiliación tiene que ver directamente con estas cuestiones, las cuales configuran un Estado de cosas que contraviene preceptos constitucionales.

Analizó, de igual forma, tanto la relación alumno-docente por departamento en el país como los alumnos por docente oficial y número de docentes y directivos docentes en el departamento de Bolívar, por fuente de financiación. Probó con cifras del DANE o del Ministerio de Educación, tanto que era muy desigual la proporción de los docentes pagados con recursos del situado fiscal y los pagados con recursos propios de las entidades territoriales, como que un porcentaje reducido de los docentes del orden territorial había sido afiliado al fondo de prestaciones sociales del magisterio.

El ministerio informó a la Corte que de 1,061 municipios, solo 126 han afiliado a sus educadores al fondo conforme a la ley. Además de esta diferencia, se descubrió que el nivel de afiliación de los docentes al fondo,

con recursos propios de los municipios, era muy bajo. Era particularmente inequitativa la distribución del subsidio educativo mediante situado fiscal (recursos transferidos por la nación a las entidades territoriales) para el pago de los docentes oficiales. La importancia de este punto radica en que, como lo señala la Corte, el situado fiscal es la mayor fuente de recursos para la financiación de la educación oficial en el país.

No hay justificación para diferenciar las cargas que deben soportar los presupuestos municipales para sufragar los gastos que les demanda el pago de los docentes, respecto del envío de recursos mediante el situado fiscal, por lo cual dicha desigual distribución del subsidio educativo nacional constituye una violación al principio constitucional de igualdad. Por ejemplo, en Antioquia y Quindío el subsidio supera más de diez veces la contribución que tienen que aportar los municipios para la remuneración de los docentes oficiales, mientras que en otros, como Chocó, Córdoba y Cauca, excede apenas el doble.

Respecto de los demandantes, ordenó afiliarlos al Fondo, pero considerando que la situación se extendía a un número alto de profesores que se encontraban en la misma situación, le fijó a la administración un plazo para hacer los estudios y las apropiaciones presupuestales necesarias para subsanarla. Tribunales superiores de distrito judicial no concedieron algunas tutelas o, conjuntamente con el Consejo de Estado, revocaron las tomadas por jueces de instancia tratándose del referido incumplimiento aduciendo razones como las siguientes: los actores podían contar con otros medios de defensa judicial y no habían demostrado la existencia de un perjuicio irremediable, improcedencia de la acción, o porque lo pretendido correspondía a un derecho de rango legal.

Se dice en la sentencia que la tutela, si bien es un medio para proteger derechos fundamentales cuyo ámbito se restringe a las partes, en casos excepcionales las pretensiones de defensa de los derechos se pueden extender a un conjunto amplio de personas. Por las características de este caso no resultan suficientemente útiles las respuestas tradicionales de la Corte en tales casos (acumular procesos y responder en bloque, y reiterar jurisprudencia), ya que exigen que los interesados instauren la respectiva tutela; es decir, los efectos no se pueden extender a afectados indeterminados, potenciales o futuros.

El Estado de cosas inconstitucional surgió en este contexto por la pregunta de si la Corte, ante la constatación de un problema general violatorio de la Constitución que es al tiempo ocasionado por la estructuralmente equivocada ejecución de la política educativa, afecta a un número significativo de personas en todo el país —en este caso, decenas de miles de

maestros—, y si puede proferir una sentencia con órdenes precisas a las autoridades públicas competentes para que en periodos razonables adopten medidas para terminar con los factores que generan un Estado de cosas abiertamente inconstitucional.

Fundamentó la respuesta afirmativa en dos razones articuladas con sus funciones: a) deber de colaboración armónica con los órganos del Estado para la realización de sus fines (servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución) y no vio razón para diferenciar entre la notificación a la autoridad competente de la comisión de un delito en un fallo concreto, y la notificación de un estado de cosas violatorio de la Constitución; b) evitar la congestión en juzgados y, luego, en la propia Corte, por la presentación de numerosas tutelas con idénticas situaciones fácticas. No solo por eficiencia administrativa, sino también por escasez de recursos, la Corte encontró que exigirles a las instituciones del poder público el cumplimiento del mandato legal y constitucional, contribuye a reducir el número de causas constitucionales.³⁸⁴ Con objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado, el estado de cosas inconstitucional es un medio legítimo para realizar la función de guardar la integridad de la Constitución y propender por la efectividad de sus mandatos.³⁸⁵

Caso 2: desplazamiento forzado

Colombia se ha situado en los últimos años entre las naciones del mundo con mayor número de desplazados internos.³⁸⁶ La oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) estima que en las dos últimas décadas el 10% de la población colombiana ha sido víctima del delito de desplazamiento forzado interno; es decir, cerca de 4.000.000. El punto más álgido del desplazamiento fue entre 2000-2002, cuando se desplazaron aproximadamente entre 350 y 400 mil personas anualmente. La tendencia viene a la baja, pero aún se registran desplazamientos del campo hacia las principales ciudades.

³⁸⁴ Sentencia SU-559 de 1997.

³⁸⁵ En sentencia T-217 de 2000 la Corte reafirmó que la declaratoria de cosas inconstitucional requirió que el departamento de Bolívar corrigiera la falta de previsión presupuestal que afectaba la cancelación de mesadas pensionales de los exempleados del departamento.

³⁸⁶ Las otras son Sudán, Ruanda, Irak y Afganistán. *Cfr.* Colección cuaderno INDH Desplazamiento forzado tierras y territorio. Agendas pendientes: la estabilización socioeconómica y la reparación. Bogotá, 2011. PNUD. www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7599 consultado el 22 de septiembre de 2013.

La Corte se ha ocupado del fenómeno del desplazamiento desde el control abstracto de constitucionalidad por las demandas contra la norma que enmarca jurídicamente la implementación de la política pública de protección a dicha población,³⁸⁷ así como por vía del control concreto, pues han sido miles las tutelas promovidas en procura de la defensa y protección inmediata de derechos.³⁸⁸

En el contexto de las novedosas cuestiones sobre las cuales se ha ocupado la Corte, el tratamiento a la población desplazada, y en general la protección de los derechos de las víctimas del conflicto armado, ocupan un lugar destacado. El desplazamiento interno en Colombia, por causas relacionadas con el conflicto armado, se inició en la década de 1980. En 2004, la (macro) sentencia T-025 encontró, luego de haber proferido otros fallos de tutela para amparar en sus derechos a personas determinadas, que el problema de violación de derechos constitucionales de los desplazados por la violencia era particularmente grave por el número de afectados, el tiempo que tenían de padecer la desprotección y el hecho de que las causas reposaban en factores estructurales.

La sentencia T-025 de 2004 acumuló 109 expedientes de acciones de tutela interpuestas por 1,150 familias, pertenecientes a población desplazada. Los demandados fueron la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia, el INURBE, el INCORA, el SENA y los ministerios de Hacienda, Protección Social, Agricultura y Educación. La Corte sintetizó, en razón de las tutelas recogidas y sus propios precedentes en la materia, los derechos constitucionales afectados por el desplazamiento: vida en condiciones dignas;³⁸⁹ los derechos de los grupos especialmente protegidos (niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados y ancianos);³⁹⁰ escoger lugar de domicilio;³⁹¹ libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión y asociación;³⁹² derechos sociales (educación,³⁹³ salud³⁹⁴

³⁸⁷ Ley 387 de 1997. “Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”.

³⁸⁸ Sentencias T-038 de 2009.

³⁸⁹ Sentencias SU-1150 de 2000, T-1635 de 2000, T-327 de 2001 y T-1346 de 2001.

³⁹⁰ Sentencias T-215 de 2002 y T-419 de 2003.

³⁹¹ Sentencia T-227 de 1997.

³⁹² Debido a la afectación que sufren los desplazados en la materialización de sus proyectos de vida; SU-1150 de 2000.

³⁹³ Sentencia T-215 de 2002.

³⁹⁴ Sentencia T-645 de 2003.

y trabajo³⁹⁵),³⁹⁶ derecho a la unidad familiar³⁹⁷ y a la protección integral de la familia;³⁹⁸ integridad personal³⁹⁹ y seguridad personal;⁴⁰⁰ libertad de circulación⁴⁰¹ y derecho a permanecer en el sitio escogido para vivir;⁴⁰² alimentación mínima; vivienda digna;⁴⁰³ el derecho a la paz; igualdad.⁴⁰⁴ A las entidades que hacían parte el entonces sistema de atención a la población desplazada se les dio órdenes complejas para que de forma coordinada realizaran acciones para superar las falencias estructurales que impedían una atención adecuada de la población desplazada.

El problema del desplazamiento en sede de análisis de constitucionalidad se ha enfocado, por parte de alguna literatura, desde una perspectiva reduccionista, según la cual la Corte apenas inició en 2004 con la sentencia T-025 la atención a los problemas de violación a derechos fundamentales que se derivan de la situación de desplazamiento. La atención de la Corte a este problema comienza incluso con antelación al establecimiento inicial de la política pública con la ley 1387 de 1997. La Corte había proferido una sentencia de tutela (T-227 de 1997), en la cual empezó a introducir elementos que con el tiempo configurarían la política pública sobre desplazamiento. Un componente que denominó “pedagogía constitucional” fue destacado como elemento omitido por la política que no podía ser eludido por el Poder Judicial.

Con antelación a la declaratoria se resolvieron numerosas tutelas concediendo derechos cuya garantía se solicitó en casos concretos: libertad de locomoción (un fallo); vivienda, derecho a escoger su lugar de domicilio y derecho al libre desarrollo de la personalidad (dos fallos); trabajo, garantía a la ayuda humanitaria de emergencia, protección contra actos discriminatorios, protección de los derechos de los niños y derecho de petición de solicitud de acceso a alguno de los programas de atención (tres fallos); vida e integridad personal, mínimo vital (cinco fallos); garantía de acceso efectivo a los servicios de salud (seis fallos); evitar que la exigencia del registro

³⁹⁵ Sentencia T-669 de 2003.

³⁹⁶ Sentencia T-098 de 2002.

³⁹⁷ Sentencia SU-1150 de 2000.

³⁹⁸ Sentencia T-1635 de 2000.

³⁹⁹ Sentencias T-1635 de 2000, T-327 de 2001, T-1346 de 2001 y T-327 de 2001.

⁴⁰⁰ Sentencias T-258 de 2001 y T-795 de 2003.

⁴⁰¹ Sentencia T-268 de 2003 (derechos de los desplazados internos, especialmente mujeres y niños; derechos sociales – alimentación, salud, educación).

⁴⁰² Sentencias T-227 de 1997.

⁴⁰³ Sentencias T-602 de 2003.

⁴⁰⁴ Sentencias T-268 de 2003.

como desplazado impida el acceso a los programas de ayuda (siete fallos) y educación (nueve fallos).

Desde 1997 hasta el 2009 la Corte ha proferido alrededor de 280 sentencias, en su mayoría de tutela y solo algunas de constitucionalidad.⁴⁰⁵ Solo

⁴⁰⁵ Sentencias T-215 de 2002 y T-885 de 2009. Las principales sentencias en las cuales se han tomado decisiones e impartido órdenes en desarrollo de la declaratoria con la T-025 de 2004, son además de las referidas atrás: T-419 de 2004, T-770 de 2004, T-813 de 2004, T-1094 de 2004, T-175 de 2005, T-254 de 2005, T-882 de 2005, y T-1076 de 2005 (función del registro único de población desplazada y derechos derivados de la condición de desplazado que debe garantizar el Estado), T-1144 de 2005 (dificultad en la prueba de la condición de desplazado, principio de buena fe en la declaración, indicios como elemento probatorio y primacía de la condición social respecto de declaraciones contradictorias del desplazado), T-284 de 2005, T-312 de 2005, T-563 de 2005, T-086 de 2006, T-138 de 2006 (amparo de salud), T-468 de 2006 (derecho sustancial prevalece sobre el procedimental en casos de sujetos de especial protección constitucional tratándose de inscripción en el registro nacional de desplazados), T-585 de 2006, T-695 de 2006, T-839 de 2006, T-919 de 2006, T-188 de 2007, T-136 de 2007, T-191 de 2007, T-273 de 2007 (procedencia de la agencia oficiosa en tutela), T-328 de 2007, T-334 de 2007 y T-490 de 2007 (derecho de petición), T-496 de 2007, T-559 de 2007, T-611 de 2007, T-612 de 2007, T-630 de 2007, T-688 de 2007, T-705 de 2007, T-704A de 2007, T-771 de 2007, T-966 de 2007, C-278 de 2007, T-057 de 2008, T-156 de 2008, T-216A de 2008, T-268 de 2008, T-285 de 2008 (eliminación del término para atención humanitaria de emergencia), T-297 de 2008, T-364 de 2008, T-391 de 2008, T-439 de 2008, T-451 de 2008, T-476 de 2008, T-560 de 2008, T-506 de 2008, T-596 de 2008, T-597 de 2008, T-605 de 2008, T-1034 de 2008 (exigencia a la Universidad de Cartagena de otorgar cupo especial a menor desplazado en amparo de los derechos de igualdad y educación), T-647 de 2008, T-704 de 2008, T-719 de 2008, T-721 de 2008, T-725 de 2008, T-787 de 2008, T-817 de 2008, T-868 de 2008, T-1095 de 2008, C-1011 de 2008, T-1105 de 2008, T-1115 de 2008, T-1238 de 2008, T-1135 de 2008, T-1259 de 2008 (respecto del amparo mediante tutela a personas que no están determinadas pero sí son determinables, cuyo nombre no se conoce al fallar, lo cual es una especie de excepción porque la tutela se interpone para garantizar la protección de los derechos de un sujeto concreto determinado), T-364 de 2008, T-1134 de 2008, T-463 de 2010, T-156 de 2008 (orden a la Agencia Presidencial para la Acción Social de inscribir en el Registro Único de Población Desplazada a peticionarios), T-458 de 2008 (el proceso de registro debe considerar que la definición legal de desplazado debe interpretarse sistemática y teleológicamente, y orientarse por el principio de interpretación más favorable a los derechos humanos —principio pro homine—), T-006 de 2009, T-967 de 2009, T-718 de 2009, T-585 de 2009, T-586 de 2009, T-600 de 2009, T-972 de 2009, T-739 de 2009, T-753 de 2009, T-085 de 2009, T-755 de 2009, T-742 de 2009, T-344 de 2009, T-038 de 2009 (prórroga de la atención humanitaria de emergencia al núcleo familiar del actor), T-064 de 2009, T-501 de 2009, T-343 de 2009, T-042 de 2009 (enfoque diferencial en la atención a las mujeres víctimas de desplazamiento), T-317 de 2009 (ayuda humanitaria de emergencia como materialización del derecho fundamental a la subsistencia mínima y sobre la consecuencia de la declaratoria respecto de obligación a las autoridades nacionales de adoptar un plan de acción que permita superar dicho estado), T-454 de 2010, T-514 de 2010, T-472 de 2010, T-085 de 2010, T-312 de 2010, T-581 de 2010, T-211 de 2010, T-169 de 2010, T-099 de 2010 (características de la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional), T-068 de 2010, T-372 de 2010 (exigencia al Comandante del Batallón de

ocho han modificado aspectos sustanciales de la política, las cuales han partido tanto de aspectos puntuales como proferir órdenes concretas u ordenar que se expida un manual de enseñanza a los desplazados para que sepan cuáles derechos tienen, hasta aspectos muy generales donde se modifica la definición del problema público de desplazamiento, incluyendo nuevos componentes.

En concreto, la T-025 de 2004 definió tres problemas jurídicos relacionados fundamentalmente con la procedencia de la tutela para examinar acciones y omisiones de las autoridades públicas respecto de la atención integral a la población desplazada, con los contenidos y alcances de la política pública de atención a dicha población y la eventual vulneración de derechos fundamentales a partir de ello, así como con las reglas de procedibilidad de la tutela para casos en los que la violación de los derechos fundamentales es consecuencia de la política pública, así como con la presunta vulneración de derechos, porque se supedita su efectividad a la existencia de recursos que no han sido apropiados por el Estado.

Si bien la declaratoria no está regulada normativamente, la regla que se extrae de los análisis de la Corte presenta la versión más sofisticada de la doctrina. La situación de la población desplazada constituye un estado de cosas inconstitucional, porque se le vulneran los derechos fundamentales a

Apoyo de Servicios para el Combate núm. 18 de desincorporar como soldado bachiller al peticionario por ser desplazado, ya que en virtud de las resoluciones 2341 de 2009, 1700 de 2006 y 181 de 2005 del Ministerio de Defensa, los hombres en condición de desplazamiento obligados a definir su situación militar deben recibir como medida de protección inmediata una tarjeta militar provisional, siendo el único requisito que esté plenamente probado que se encuentre en condición de desplazamiento), T-287 de 2010 (si bien negó acción de tutela donde se solicitaba el amparo del derecho a una vivienda digna, debido a un agotamiento de recursos y a la falta de una política pública que tendiera el problema estructural de la falta de vivienda en la población desplazada, la revocó respecto de la determinación de que el subsidio al que tiene derecho la accionante debía aplicarse en el lugar de origen), T-265 de 2010 (al analizar la situación de la población desplazada la jurisprudencia ha “desarrollado una política pública” para satisfacer necesidades básicas consistentes en proponer parámetros de política diferencial en razón a los sujetos (niños, jóvenes, madres cabeza de familia, personas de tercera edad, grupos afro, indígenas) y en razón a las necesidades por satisfacer tales como ayuda humanitaria de emergencia, criterios de reparación, servicios de salud, acceso a educación y vivienda digna). Sobre los desplazados como sujetos de especial protección constitucional debido a su condición de vulnerabilidad manifiesta, se ha reiterado en numerosa jurisprudencia, por ejemplo, T-790 de 2003, T-740 de 2004 (solicitud ante la Red de Solidaridad Social, el Inurbe, Fonvivienda y el ICBF de proteger derechos fundamentales como vida, salud, mínimo vital y vivienda por causas como la negativa a registrar nuevos desplazados, no suministrar ayuda humanitaria requerida (servicios de salud y subsidio de vivienda, así como el otorgamiento de créditos productivos), o no continuar con el suministro de dicha ayuda).

la vida digna, integridad personal, igualdad, petición, trabajo, salud, seguridad social, educación, mínimo vital y protección especial a las personas de la tercera edad, mujer cabeza de familia y niños, de forma masiva, prolongada y reiterada, como consecuencia de problemas estructurales en la política de atención. De esta forma, el Estado, por sus acciones y omisiones en el diseño, implementación y seguimiento de la política pública, ha contribuido de forma significativa a la violación de los derechos fundamentales de la población desplazada.

La ayuda humanitaria de emergencia que se otorga a la población desplazada cuando la Corte interviene en el proceso de formación de las políticas públicas señalando que un asunto determinado es un problema público que debe merecer la atención del Estado, debe garantizar el mínimo de protección de los derechos fundamentales, lo que implica la protección de los derechos contra amenazas, y la satisfacción del mínimo prestacional necesario para la satisfacción de los derechos. El desplazamiento forzado conlleva un desconocimiento grave, sistemático y masivo de derechos fundamentales,⁴⁰⁶ que implica la configuración de una especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en quienes lo padecen.

En 2003 la Corte sostuvo que el problema de desplazamiento, además de tenerse que convertir en una política de ayuda, de dar beneficios a los desplazados, implicaba la necesidad de considerarlos víctimas del delito de desplazamiento forzado, y, por ser víctimas, tienen otros derechos que no consideraba la política pública como tal; es decir, verdad, justicia y reparación. Así se han variado los niveles de intervención de la Corte tratándose de las líneas generales de la política pública estatal. Es particular el uso de los autos de cumplimiento mediante los cuales se ha apropiado del problema y seguir la política.⁴⁰⁷ No se requiere entonces petición de parte para intervenir en los casos.

Más allá de los detalles de los autos, importa resaltar, para los efectos de este texto, que la Corte definió doce componentes de la política pública y cinco enfoques diferenciales. Dentro de los primeros se encuentran atención y prevención, ayuda humanitaria de emergencia, vivienda, tierras, salud, participación, generación de ingresos, proyectos productivos, presupuesto y re-

⁴⁰⁶ Sentencia C-278 de 2007.

⁴⁰⁷ La Corte ha proferido alrededor de ochenta autos de cumplimiento a la sentencia T-025 de 2004. Dentro de los principales, se encuentran, núms. 176, 177 y 178 de 2005; núms. 334, 335, 336 y 337, 218, 266, 333 de 2006; núms. 27, 58, 81, 82, 101, 102, 109, 121, 130, 131, 167, 169, 170, 171, 180, 200, 206, 207, 208, 218, 219, 233, 234, 236, 248, 249, 250, 251, 262 de 2007; núms. 052, 054, 237, 251, 284, 117, 116, 092, 093 de 2008; y núms. 314, 266, 225, 011, 004, 005, 008 (persistencia del Estado de cosas inconstitucional) y 009 de 2009.

gistro. Mujeres, niños, niñas y adolescentes, discapacitados, afro e indígenas, pero también se están trabajando dos enfoques que no están en los autos, que son tercera edad y población desplazada con orientación sexual diversa.

Las órdenes necesarias para superar la vulneración masiva y continua de los derechos de la población desplazada originada en factores estructurales están dirigidas a que se adopten decisiones que permitan superar tanto la insuficiencia de recursos como las falencias en la capacidad institucional. Ello no implica que por vía de tutela el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el legislador. Tampoco está delineando una política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la política diseñada por el legislador y desarrollada por el Ejecutivo.

La sentencia T-496 de 2007 detalló la jurisprudencia de la Corte sobre el registro único para la población desplazada, precisando las reglas y los principios que deben regular la interpretación de las normas sobre el tema: a) el bloque de constitucionalidad (artículo 17 del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949 y los principios de los Desplazamientos Internos del Informe del representante del Secretario General de las Naciones Unidas); b) los principios de buena fe, favorabilidad y confianza legítima y prevalencia del derecho sustancial propio del Estado social de derecho.

A partir de estas normas, señaló que el proceso de registro de un desplazado debe estar guiado por las siguientes reglas: a) informe pronto, completo y oportuno de los servidores públicos a los desplazados de sus derechos y el trámite que deben realizar para exigirlos; b) quienes diligencian el registro solo pueden exigir el cumplimiento de los trámites y requisitos expresamente previstos en la ley; c) respecto de las declaraciones y pruebas (en principio deben tomarse como ciertas) los indicios se reputan como pruebas válidas; las contradicciones en la declaración no son prueba suficiente de falta a la verdad; d) la declaración sobre los hechos constitutivos de desplazamiento debe analizarse de tal forma que se tengan en cuenta las condiciones particulares de los desplazados así como el principio de favorabilidad y e) debido a las particulares circunstancias en las que se encuentran las personas desplazadas, en algunos casos resulta desproporcionada la exigencia que está en la normatividad de que la declaración haya sido realizada en el término de un año.

La Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrolla la política de atención a la población desplazada, el diseño de esa política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder para asegurar que el deber de protección efectiva de los derechos sea

cumplido, y los compromisos definidos para tal protección sean realizados con seriedad, transparencia y eficacia. Particularmente importantes son en este sentido los autos que ha expedido en cumplimiento de la sentencia, ya que constituyen un mecanismo novedoso para auditar la observancia de las órdenes impartidas.

Si bien se formularon criterios para identificar la ocurrencia de un estado de cosas inconstitucional, su mayor desarrollo doctrinal se ha alcanzado precisamente en esta sentencia. Los factores valorados por la Corte para determinar si existe un estado de cosas inconstitucional, son: a) vulneración sistemática y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; b) prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; c) adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; d) falta de expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; e) como la causa de la vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales, la solución de la problemática que genera dicha vulneración compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones, y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional.

Debido a la gravedad de la situación y a la omisión legislativa por tratarlo, la Corte mantiene la competencia sobre el caso para poder dar seguimiento al cumplimiento de la sentencia mediante distintas estrategias. En clave deliberativa, ha realizado audiencias públicas, en las cuales cita e invita a distintos actores involucrados en el fenómeno del desplazamiento. Ha promulgado de autos en los que se evalúa la respuesta por parte de las autoridades responsables a las órdenes impartidas. En este sentido, creó en abril de 2009 una sala especial de seguimiento a la sentencia con el fin de analizar el progresivo estado de superación del estado de cosas inconstitucional de conformidad con el grado de cumplimiento de las decisiones adoptadas y de las órdenes impartidas en la sentencia y sus autos.

VI. ÓRDENES COMPLEJAS PARA ASEGURAR EL GOCE EFECTIVO DE LOS DERECHOS: EL AGUA

Para reducir la disociación entre las consagraciones de la normatividad y la realidad social, la Corte entonces ideó el recurso del estado de cosas inconstitucional, que se ha usado en circunstancias excepcionales. Otra forma como

ha enfrentado las violaciones graves a derechos fundamentales que afectan a una población plural de personas es impartiendo órdenes complejas. En los estados de cosas inconstitucionales se imparten órdenes complejas, pero hay casos donde éstas se imparten sin que se declare dicho estado.

Cuando el juez constitucional constata que se violan derechos o que alguna amenaza inminente se cierne sobre ellos, no se puede excusar en encontrar remedios e impartir órdenes aduciendo la complejidad de la situación y los desafíos de diversa índole que plantea. No puede justificar su falta de activismo en los trámites administrativos que implica y los cuantiosos recursos presupuestales que compromete la solución del problema, ni mucho menos en que se trata de funciones de otros organismos del Estado. “El juez constitucional tiene el deber de preguntarse... qué tipo de órdenes puede dar para subsanar las omisiones, negligencias o simples trabas burocráticas que impiden tomar las medidas para eliminar o atenuar el riesgo de que se presente una nueva y grave vulneración de derechos fundamentales”.⁴⁰⁸

Dentro de los principales ejemplos de sentencias que han impartido este tipo de órdenes se encuentran la que elevó la salud a estatus iusfundamental⁴⁰⁹ y la que justificó igualmente la naturaleza de derecho fundamental al agua potable y el reconocimiento de su protección mediante tutela. El análisis se concentrará en esta última. Es relevante precisar, en primer lugar que un orden de tutela es simple

cuando comprende una sola decisión de hacer o de abstenerse de hacer algo que se encuentra dentro de la órbita de control exclusivo de la persona destinataria de la orden y se puede adoptar y ejecutar en corto tiempo, usualmente mediante una sola decisión o acto. Por el contrario una orden de tutela es compleja cuando conlleva un conjunto de acciones u omisiones que sobrepasan la órbita de control exclusivo de la persona destinataria de la orden, y, con frecuencia, requieren de un plazo superior a 48 horas para que el cumplimiento sea pleno.⁴¹⁰

Las órdenes complejas son “mandatos de hacer que generalmente requieren del transcurso de un lapso significativo de tiempo, y dependen de procesos decisorios y acciones administrativas que pueden requerir el con-

⁴⁰⁸ Sentencia T-974 de 2009, énfasis añadido.

⁴⁰⁹ En la sentencia T-760 de 2008 se impartieron una serie de órdenes complejas a diversos órganos encargados de regular, controlar, inspeccionar y vigilar el sector de la salud. Las órdenes estaban orientadas a remover algunos de los principales obstáculos al goce efectivo de tal derecho de salud.

⁴¹⁰ Sentencia T-086 de 2003.

curso de diferentes autoridades y llegar a representar un gasto considerable de recursos, todo lo cual suele enmarcarse dentro de una determinada política pública”.⁴¹¹

Desde una de las primeras y célebres sentencias, la T-406 de 1992, la Corte empezó a argumentar acerca de la naturaleza fundamental del derecho al agua.⁴¹² En este caso una empresa de servicios públicos no había terminado la reparación de un alcantarillado, por lo cual un grupo de ciudadanos no tenían acceso al agua cerca a su casa. La Corte sostuvo entonces que la empresa había cometido “una clara violación a un derecho fundamental”. Desde esa sentencia se estructuró la regla sobre la justiciabilidad del derecho al agua mediante tutela. La condición es que se compruebe en el caso concreto la afectación directa del mínimo vital en dignidad o de otros derechos y principios constitucionales fundamentales (dignidad, vida y derechos de los disminuidos).⁴¹³

En sentencia T-740 de 2011 se sostuvo que el derecho al agua es fundamental, debido, por una parte, a su conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana,⁴¹⁴ y por otra, a que así es reconocido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General núm. 15, por un informe de la Organización Mundial para la Salud, que establece la cantidad mínima que necesita una persona para satisfacer sus necesidades básicas, y por sentencias de la Corte Interamericana de Derechos

⁴¹¹ Sentencia T-086 de 2003.

⁴¹² La jurisprudencia constitucional que desde entonces se ha construido en materia del derecho al agua ha sido coherente. Entre otras, a la línea la integran las sentencias: T-432 de 1992, T-570 de 1992, T-578 de 1992, T-232 de 1993, T-064 de 1994, T-140 de 1994, T-244 de 1994, T-463 de 1994, T-023 de 1995, T-092 de 1995, T-196 de 1995, T-207 de 1995, T-379 de 1995, T-413 de 1995, T-481 de 1997, T-237 de 1998, T-598 de 2002, T-643 de 1998, T-636 de 2002, T-410 de 2003, T-576 de 2005, T-022 de 2008, T-1115 de 2008, T-045 de 2009, T-381 de 2009, T-546 de 2009, T-701 de 2009, T-734 de 2009 y T-974 de 2009.

⁴¹³ La sentencia T-578 de 1992 definió los requisitos para admitir tutelas en caso de amparo al derecho al agua, a saber: la vulneración o amenaza debe recaer sobre un derecho fundamental, no debe existir otro medio de defensa judicial y la tutela debe ser procedente como mecanismo transitorio a pesar de existir otro medio de defensa judicial.

⁴¹⁴ Este punto se había afirmado igualmente en sentencia T-616 de 2010, donde se sostuvo que el derecho al agua es un presupuesto esencial para el goce de derechos como el de la educación, dada su innegable necesidad a la hora de disponer el funcionamiento de un establecimiento educativo; el derecho al ambiente sano; dadas las propiedades sanitarias y de salubridad que el agua trae consigo; y los derechos a la protección de la diversidad étnica y cultural, considerando que para comunidades indígenas y afro el agua es un elemento de especial importancia. Sobre el acceso al agua y su importancia para la vida humana, véanse las sentencias T-578, de 1992, T-207 de 1995, T-244 de 1994, T-523 de 1994, T-092 de 1995, T-379 de 1995, T-413 de 1995, T-270 de 2007 y T-022 de 2008.

Humanos.⁴¹⁵ En la Observación núm. 15 se entiende el derecho al agua como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”.

Toda vez que la Constitución permite la participación de los particulares en la prestación de servicios públicos, los casos donde se enfrenta la libertad de empresa con el derecho al agua, porque un usuario no paga y por lo tanto le suspenden el servicio, plantean una interesante tensión entre, por un lado, el legítimo derecho de lucro que tienen las empresas privadas que prestan el servicio de agua potable, y por otro, el derecho fundamental al agua en conexión con la vida, la dignidad y el mínimo vital. Aunado a lo anterior se encuentra la importancia de llevar a la práctica las doctrinas de la fuerza de irradiación de los derechos y de su efecto horizontal. Lo primero porque desde la esfera de protección de un derecho se controvierte el contrato suscrito entre la persona afectada y la empresa, que, como sanción por no pago, cancela el servicio. Lo segundo, porque los derechos tienen fuerza no solo respecto del Estado, sino también de los particulares, y en este caso de quien presta un servicio público. Ambas doctrinas han sido reivindicadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional repetidamente.⁴¹⁶

La Corte concedió la tutela, y a pesar del no pago protegió el derecho del requirente. A pesar de que el demandado era la junta administradora de un acueducto en vez del Estado, impartió las siguientes órdenes: al Estado en cabeza del municipio donde habita la accionante “asignar de la partida de agua y saneamiento básico transferida a éste por el Gobierno Nacional, los dineros necesarios para garantizar el cubrimiento del 50% del costo del agua” que le fuera proporcionada a la accionante y a su grupo “familiar” como garantía mínima del suministro de este recurso. Y a la empresa prestadora del servicio, restablecer el flujo de agua potable en la vivienda de la accionante y revisar los acuerdos de pago suscritos entre ella y la junta para encontrar alguna forma según la cual la accionante pudiera ponerse al día en sus obligaciones. Si la accionante prueba que no cuenta con los medios para financiar la deuda, la junta debe proveerle por lo menos cincuenta litros de agua al día por cada persona que habite en su vivienda. Le indica dos medios para cumplir con esta orden: utilizando un reductor de flujo que garantice por lo menos dicha cantidad o proveyendo el recurso de una fuente pública del recurso hídrico que le asegure el suministro de la cantidad de agua señalada.

⁴¹⁵ Casos de las comunidades indígena Yakye Axa (de 2005) y Sawhoyamaya (de 2006) contra Paraguay.

⁴¹⁶ Véase, por ejemplo, Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, cit.; Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, cit.

Conforme a la sentencia T-418 de 2010,⁴¹⁷ cuando un juez imparte órdenes complejas debe tener en cuenta que sus medidas sean realmente efectivas, por lo que podrá suponer una supervisión directa o comisionar al órgano competente a hacerla, y se enmarquen dentro del respeto al estado social de derecho, y no desconozcan las particulares competencias democráticas y administrativas constitucionalmente establecidas. Para definir las órdenes debe igualmente promover en la medida de lo posible la participación de las partes, de las autoridades encargadas, de las personas afectadas y de quienes conozcan la situación, por experiencia o estudios, entre otros.

Si bien el juez tiene una amplia discrecionalidad para impartir órdenes complejas, se impone una necesaria cautela al momento de concebir el remedio, ordenarlo y vigilar su cumplimiento. Debido a la complejidad de las órdenes, a la variedad de actores que deben realizarlas y al tiempo que pueden requerir, se reducen las posibilidades del juez de prever los resultados de su decisión. El juez debe ser razonable al determinar órdenes específicas para que no sean absurdas o imposibles de cumplir.⁴¹⁸

La jurisprudencia también ha distinguido dos partes que constituyen el fallo:

la decisión de amparo, es decir, la determinación de si se concede o no el amparo solicitado mediante la acción de tutela, y la orden específica y necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho amparado. El principio de la cosa juzgada se aplica en términos absolutos a la primera parte del fallo, es decir, a lo decidido. Por lo tanto, la decisión del juez de amparar un derecho es inmutable y obliga al propio juez que la adoptó.⁴¹⁹

Dos razones fundamentan la competencia del juez para adoptar medidas que corrijan situaciones determinadas. La primera es el mandato a las autoridades estatales de garantizar el goce efectivo de los derechos por sobre las eventuales dificultades prácticas y trabas formales. Una sentencia se tiene que materializar en conductas positivas o negativas a favor de las personas cuyo derecho fue amparado. La segunda es que la solución para garantizar un derecho puede implicar órdenes complejas en vez de simples, las cuales se ejecuten en tiempo prolongado y mediante una decisión que vincule a varios entes.⁴²⁰

⁴¹⁷ Para las órdenes complejas que se impartieron en la T-418 de 2010, véanse los puntos 6.1 y ss. de la sentencia.

⁴¹⁸ Sentencia T-086 de 2003.

⁴¹⁹ Sentencia T-086 de 2003.

⁴²⁰ Sentencia T-086 de 2003.

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN.
APROXIMACIÓN A LA DISCUSIÓN SOBRE POLÍTICAS
PÚBLICAS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En el contexto colombiano, el Poder Judicial es un verdadero poder político, porque el derecho aumentó el ámbito de sus competencias, en la medida en que sobre todos los poderes puede recaer el control jurisdiccional. Doctrinas como el efecto de irradiación y la vinculación a los derechos fundamentales, no sólo de los órganos estatales sino también de los particulares, han propeendido por una efectiva constitucionalización del derecho en Colombia.⁴²¹ Los derechos ya no están necesariamente sujetos a leyes que reglamenten su ejercicio. No son además los derechos los que tienen que sujetarse a la ley, sino que la ley tiene validez en la medida que respete los derechos. La amplitud del catálogo de derechos no sólo se explica por aquellos consagrados en la Constitución, sino que con la expedición de una nueva carta en 1991 Colombia se inscribió en el movimiento internacional en virtud del cual los tratados de derechos se incorporan a las Constituciones. Una de las causas de esta modernización del sistema de derechos es que se haya establecido como razón de ser del Estado-aparato la protección y garantía de los derechos.

El rol judicial no cuenta ya con el supuesto de un ordenamiento jurídico claro, completo y coherente, como se pensaba desde la jurisprudencia conceptual en Alemania y la Escuela de la exégesis en Francia. En la actualidad es decisiva su contribución en la creación y desarrollo jurisprudencial del derecho, así como en la protección de la Constitución mediante su aplicación a partir de la idea de naturaleza normativa y fuerza vinculante. Además de validar o invalidar la adscripción de otras normas de inferior jerarquía como pertenecientes al sistema jurídico (superioridad), la Constitución exige la aplicación directa de las garantías, los valores y los principios que la fundamentan (integridad).

La Constitución se constituye en un esquema para orientar la actuación de todas las ramas del poder público, porque las normas constitucionales de carácter dogmático garantizan los derechos de los ciudadanos frente al Estado y los poderes privados, por lo que también determinan muchas veces aquello que a las normas orgánicas les está permitido hacer. Ello torna imperativa la actuación de la Corte en casos de masivas, reiteradas y prolongadas violaciones sistemáticas de derechos fundamentales a poblaciones plurales.

⁴²¹ Sobre los problemas de infraconstitucionalización, constitucionalización y sobre-constitucionalización, véase Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit.

En el punto de intersección de la justicia constitucional con las políticas públicas hay que destacar que, como toda política pública, la principal característica de la declaratoria de un Estado de cosas inconstitucional es su efectividad. Esto tiene relación con su función política, y en particular con lo que se puede explicar desde el proceso de formación de las políticas públicas: identificar un asunto y justificar que sea definido como problema que debe fijarse en la agenda. Sobre dicho proceso, respecto del sistema institucional colombiano, habría que decir que el diseño y la ejecución de las políticas públicas corresponde primordialmente al Poder Ejecutivo, incluyendo los entes territoriales (de conformidad con lo establecido por el artículo 115 constitucional), al gobierno nacional que inicia el proceso de ejecución con el plan de gobierno en la campaña (propuesta programática o como se denomine) que, una vez en ejercicio del cargo, el gobierno básicamente lo convierte en el proyecto de la ley del plan nacional de desarrollo.

Por tanto, otras instituciones como las pertenecientes a la rama judicial deben participar en el proceso de formulación de las políticas públicas. Lo que se entienda por política pública puede derivar en que hay en efecto intromisión de la Corte en dicho proceso, porque muchas veces se considera que cualquier actuación del poder público para atender determinada cuestión social es una política pública.⁴²² Es importante destacar que más que formular propuestas de política concretas, analizar las acciones puntuales idóneas tendientes a solucionar el problema detectado y ejecutar la política mediante la implementación de las medidas, la Corte respeta 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.

La justificación de figuras como el estado de cosas inconstitucional y las órdenes complejas que se imparten para atender casos de violaciones generalizadas a derechos radica en la imposibilidad de que el juez constitucional, so pretexto de no invadir esferas de otros poderes, contemple indenne una situación, una realidad, contraria a la Constitución. Su función le exige cumplir con el goce efectivo de los derechos.

En el caso en que el juez de tutela constata la violación de una faceta prestacional de un derecho fundamental, debe protegerlo adoptando órdenes encaminadas a garantizar su goce efectivo, pero que a su vez sean respetuosas del proceso público de debate, decisión y ejecución de políticas, propio de una democracia. Por tanto, no es su deber indicar a la autoridad responsable,

⁴²² Véase el diagnóstico y la crítica de Cuervo, Jorge Iván, “Las políticas públicas y el marco normativo colombiano”, *Política Pública Hoy*, Boletín del Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, vol. 3, año 1, abril de 2010.

específicamente, cuáles han de ser las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho, pero sí debe adoptar las decisiones y órdenes que aseguren que tales medidas sean adoptadas, promoviendo a la vez la participación ciudadana.⁴²³

La Corte se inserta en el proceso de formación de las políticas públicas al principio y al final del mismo. 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. En concreto, tres etapas se pueden identificar en el rol que ha asumido la Corte respecto de la política concreta: *a)* interviene protegiendo un derecho social en un caso concreto mediante una orden específica de garantía a ese derecho; *b)* imparte otra orden para que se diseñe un programa de atención integral, luego de confrontar la realidad con un juicio de naturaleza constitucional; *c)* además de impartir órdenes estructurales con remedios, establece plazos. En el diseño del remedio en el cual articula los dos tipos de intervenciones anteriores, agrega una serie de órdenes encaminadas a dinamizar procesos y a establecer parámetros sustantivos para evaluar los resultados de esos procesos, lo cual es acompañado con un seguimiento para evaluar si las órdenes impartidas fueron cumplidas o no, y en qué grado.

La Corte no se desentiende del caso luego de impartir las órdenes, sino que exige que le rindan informes periódicos. El trabajo del juez cuando imparte órdenes complejas no termina con el “resuelve”, sino que precisamente ahí empieza, porque debe supervisar y controlar los grados de cumplimiento. Debido a la inserción de la Corte en el proceso de formación de las políticas públicas, ha tenido que ser rigurosa en la caracterización de la doctrina. Ello se observa desde la sentencia que lo declaró por vez primera (SU-559 de 1997) hasta la versión más sofisticada de la misma (T-024 de 1995). En virtud de las declaratorias, ha exigido de las entidades públicas competentes una acción programada y les ha solicitado con posterioridad rendición de cuentas para realizar, conjuntamente con la entidad pública respectiva, la medición y evaluación de los indicadores respecto de los efectos o resultados esperados en la implementación de las políticas, por lo cual también puede sugerir reajuste de las medidas o modificación de sus objetivos. No obstante el —muchas veces— criticado activismo judicial y la objeción relativa al papel colegislador de los jueces,⁴²⁴ es adecuada la atri-

⁴²³ Sentencia T-760 de 2008.

⁴²⁴ El debate en Colombia es amplio y complejo, pues ha vinculado diversos enfoques críticos, descriptivos y apoloéticos. Más o menos se caracteriza por las posturas presentadas

bución de competencias a la Corte Constitucional en materia de realización del proyecto de Estado social de derecho y, sobre todo, apropiada según el diseño institucional que se adoptó en 1991.

Como la Corte es consciente de que estas órdenes tienen costo económico y pueden tener un impacto fiscal en casos tan complejos como el desplazamiento, no ordena que se invierta un monto específico, sino que el Ejecutivo diseñe una fórmula de financiación sostenible del nuevo plan que sea diseñado. Adicionalmente, invita a la sociedad civil a participar en el análisis de los que el gobierno está haciendo de tal forma que la intervención promueve la participación.⁴²⁵

La sentencia T-154 de 2013 constituye un buen ejemplo que ilustra esta característica que se atribuye a la Corte, y el cual asimismo otorga un argu-

y los argumentos sustentados en obras: Morelli, Sandra, *La Corte Constitucional: ¿un legislador complementario?*, Bogotá, Universidad Externado, 1997; *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001; Carrasquilla, Alberto, “Economía y Constitución: hacia un enfoque estratégico”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, Universidad de los Andes, 2001; Clavijo, Sergio, *Fallas y fallos de la Corte Constitucional*, Bogotá, Alfaomega-Cambio, 2001; Kalmanovitz, Salomón, *Las instituciones colombianas en el siglo XX*, Bogotá, Alfaomega-Cambio, 2001; Alesina, Alberto, *Reformas institucionales en Colombia*, Bogotá, Fedesarrollo, 2001; García Mauricio *et al.*, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, *cit.*; De Sousa Santos, Boaventura y García, Mauricio (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, *cit.* Un buen ejemplo en la discusión se suscitó por la sentencia que declaró inconstitucional el sistema UPAC y ordenó que fuera reemplazado por otro, pero adicionalmente indicó los parámetros que debían seguirse (C-700 de 1999). El asunto materia de discusión tiene que ver en parte fundamental con la “competencia” de la Corte, no sólo en su acepción de atribución legítima para la resolución de un asunto; es decir, la competencia funcional, sino incluso respecto de su idoneidad para intervenir en asuntos económicos. Por un lado se objeta la jurisprudencia de la Corte, y se oyen manidas amenazas a la reducción legislativa de sus competencias funcionales, porque no tiene la potestad constitucional ni legal de proferir sentencias con contenido económico o que impliquen erogaciones presupuestales para el gobierno; por otro, se critica la falta de conocimiento de los magistrados en materias como hacienda pública, presupuesto y, en general, economía. Sobre esta cuestión, pero sustentando puntos de vista distintos, *cf.* Uprimny, Rodrigo “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, Universidad de los Andes, Bogotá, junio, 2001; Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, *cit.* Desde los influyentes trabajos de Ignacio de Otto se ha reunido un más o menos sólido consenso en cuanto a que la Corte Constitucional es un legislador, opera en la práctica como un legislador, pero como uno negativo porque no propone *motu proprio* leyes ni cambios a la Constitución; es decir, no actúa positivamente, pero en efecto cuando declara inconstitucional una ley o un acto legislativo (reformatorio de la Constitución) legisla en la medida en que contribuye en la configuración de lo que hace parte del derecho en un país en un contexto determinado.

⁴²⁵ Entrevista de Vladimir Chorny, Leonardo García J., Lucas Arrimada *et al.*, a Manuel José Cepeda, para el programa radial *Última Instancia*, México, UNAM, http://ultimainstancia.podomatic.com/entry/2011-10-23T17_45_19-07_00 consultado el 15 de octubre de 2011.

mento 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.

Respecto de las políticas públicas, han adquirido singular relevancia las comisiones de regulación y el rol que han desempeñado en el desarrollo de las provisiones constitucionales. La discusión relevante en Colombia se dirige más bien, tratándose de las competencias, hacia una presunta intromisión en las funciones del Legislativo, y particularmente del Ejecutivo, porque la Corte termina formulando políticas públicas en algunas de sus sentencias, con lo cual destruye el ámbito funcional y presuntamente altera el equilibrio de poderes en la medida en que la rama del poder público que es precisamente la única a la que no se le atribuye la competencia de formular políticas públicas es la que en la práctica lo hace impartiendo órdenes, exigiendo reportes acerca del cumplimiento, etcétera. La importancia de contar con una definición de política pública que diferencie entre las acciones del gobierno comúnmente referida como política pública, de otras acciones de gobierno, así como de las acciones de los organismos del Estado y los poderes públicos, se expresa en asuntos como este.

En tanto cálculo anticipado de ingresos y gastos en los que se incurrirá en el desarrollo de una medida de política pública, el presupuesto es apropiado por la autoridad gubernamental, que en el sistema colombiano tiene competencia funcional para ello, en la medida en que también es esencial la determinación del periodo en el cálculo presupuestal. El artículo 208 constitucional, que integra precisamente el capítulo sobre los ministros y directores de los departamentos administrativos, preceptúa que a estos funcionarios, bajo la dirección del presidente, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.

La Constitución también indica que, como cualquier proyecto de ley, la ley del plan presentada por el gobierno, en particular por el ministro de Hacienda y con importante participación del Departamento Nacional de Planeación, debe surtir el trámite legislativo ordinario en donde se le insertan, retiran o modifican materias, prioridades o asuntos presupuestales, entre

otros. En el Plan Nacional de Desarrollo deben quedar al menos enunciados los temas que serán objeto de política pública.

Cuando el proyecto de la ley del plan es sometido por parte del gobierno a consideración del Congreso, las dos ramas del poder público con representación popular contribuyen en su configuración. El diseño originario es no obstante potestad, y responsabilidad, del Ejecutivo. Respecto de la política pública el Congreso con las leyes formula marcos normativos donde hay directrices a partir de las cuales se formulan las políticas públicas. Ahora bien, subsiste la pregunta por el rol adecuado de integrar la función de la Corte en el proceso de las políticas públicas. 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 pugnaba por la necesidad de contar con mecanismos judiciales efectivos para dotar de contenido en casos concretos a la abstracta principialística constitucional.

El estudio de la Corte en la omisión de afiliación a docentes al fondo de prestaciones sociales del magisterio arrojó que la irregularidad denunciada por los tutelantes no sólo afectaba a los municipios demandados, sino que responde a un problema estructural que perjudica a un alto número de profesores en todo el país, y cuyas causas tenían que ver más bien con la forma de ejecutar la política educativa de manera desordenada e irracional. En el caso del desplazamiento forzado interno a causa de la violencia rural, las acciones del Ejecutivo y el Legislativo, así como los recursos destinados para atender a la población desplazada, son insuficientes para garantizar derechos fundamentales efectivamente violados.

Ante constataciones de esta magnitud está justificado el activismo, por lo que en consecuencia el juez constitucional puede ordenar a las autoridades que, dentro de sus respectivas competencias, realicen las acciones necesarias para remediar la situación de la población desplazada, inclusive que se apropien los recursos necesarios y suficientes para el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales, sin que ello signifique la orden de gastos no presupuestados ni la modificación de la política diseñada por el legislador.

Los tribunales constitucionales son actores políticos singularmente relevantes en la edificación de una democracia constitucional, como lo ha demostrado la Corte colombiana, que ha sido protagonista institucional en el proceso de formación de las políticas públicas. Desde sus mismos inicios cuando la integraban siete magistrados por un artículo transitorio de

la Constitución, se inició la configuración de 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. En general, en Colombia no se ha presentado una obsequiosidad del tribunal, ni con el Poder Ejecutivo al fallar políticamente según preferencias,⁴²⁶ ni con la opinión pública al resolver casos complejos conforme los dictados de mayorías.

Se procuró presentar argumentos relativos al momento en el cual la Corte interviene, pues la variable relevante en la discusión es que lo hace al 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. Si se examina específicamente cómo impacta lo que dice la Corte sobre la política pública del desplazamiento, tanto en la sentencia como en los autos, no está diciendo que la está creando, sino que en principio tiene unos efectos sobre la referida política.

Dentro de los problemas respecto de la política pública que tiene la intervención de la Corte Constitucional, podría destacarse el siguiente: como las sentencias de tutela si bien tienen carácter vinculante no tienen la capacidad de suprimir del ordenamiento lo establecido en la política, en la ley o el decreto que regula la política, se puede presentar el caso de que haya dos políticas: una que establecen legalmente el gobierno y el Congreso, y otra que se establece jurisprudencialmente, lo cual ocasiona que haya una política que se aplica para todos, que es la que se consagra en la ley, y otra política, que surge a petición de parte, que es la que se pide a cada juez. Esto trae contradicciones en la teoría de las políticas públicas, que supone que, aunque sea focalizada, se le debe dar al grupo y no por procedimientos distintos a los que establece la misma política.

Un problema que trajo progresivamente aparejada la jurisprudencia sobre desplazamiento es que las modificaciones introducidas no se encontraban organizadas. La Corte intentó remediar la falencia de tener una política pública dispersa en muchísimas sentencias que habían sido proferidas desde 1997 cuando inició con tutelas puntuales, hasta la declaratoria en 2004. Más que modificar la política sobre desplazamiento, esta sentencia organizó la jurisprudencia previa respecto del diagnóstico del problema y la postura de la Corte.

⁴²⁶ Esto para matizar la afirmación de Juan Carlos Rodríguez Raga respecto de la obsequiosidad de la Corte Constitucional colombiana con el Poder Ejecutivo, en su trabajo “Strategic Constitutional Review: The Case of Colombia, 1992-2006”, *Midwest Political Science Association*, 2008.

La T-025 de 2004 planteó lineamientos generales acerca del fenómeno del desplazamiento, como haberlo declarado estado de cosas inconstitucional, pero fue a través de los autos, el 07, y en particular el 08, que ordena la reformulación de las políticas públicas en atención al fenómeno, las que en realidad configuraron la actuación de la Corte en el ciclo de formación de las políticas públicas sobre el particular. Este auto ordena al gobierno la reformulación por ejemplo acerca de verdad, justicia y reparación, acerca de tierras, de vivienda. A raíz de esto se crearon también unos autos de enfoque diferencial, porque aparte de una reformulación de la política de vivienda, se vio la necesidad de realizar la reformulación desde un enfoque diferencial (mujeres, afrocolombianos, indígenas). Estos enfoques diferenciales son transversales a todos los componentes de la política, como vivienda, salud y educación. El auto 08, si bien reconoce los logros alcanzados en algunos derechos, sustentó que aún no se ha logrado un avance integral en el goce efectivo de los derechos de la población víctima del desplazamiento forzado; señaló también el límite final que tenía el gobierno para presentar el informe sobre las actuaciones tendientes a superar al estado de cosas inconstitucional, el cual deberá ser evaluado por la Corte.

La declaratoria de estados de cosas inconstitucional ha procurado precisamente 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 disociación entre las medidas políticas. En caso de que no se contara con la forma de proferir normas y autos de cumplimiento en desarrollo de las declaratorias, podría llegar a haber un caos institucional por el mandato legal que orienta una política y el mandato jurisprudencial que ordena otra distinta.

Debido a que las teorías y doctrinas jurídicas receptadas surgieron en contextos que, como el alemán o el estadounidense son democracias constitucionales más o menos justas (aunque no perfectamente justas), cuyos respectivos sistemas jurídico-políticos son en su mayor parte bien ordenados (Rawls), resulta importante, por un lado, reiterar que el proceso de recepción de doctrinas jurídicas es —más que adoptativo— adaptativo; es decir, que debe responder a las particularidades sociales y políticas, así como a los marcos jurídicos del contexto de recepción; y por otro lado, resulta también significativo destacar que la doctrina del estado de cosas inconstitucional puede constituirse en un aporte del constitucionalismo colombiano a los procesos de aplicación del derecho en contextos marcados por la injusticia, la desigualdad y el déficit generalizado en la protección de derechos.

La Corte colombiana es considerada en Iberoamérica una de las más proactivas, la que más ha judicializado problemas públicos y de la política.

Desde muchos sectores se ha sostenido que debido a que los derechos sociales son prestacionales, deben desarrollarse mediante políticas públicas diseñadas por los actores tradicionales. Es particularmente relevante analizar desde qué punto definen los problemas públicos, cómo es el tratamiento de la cuestión, cuál es el impacto de sus decisiones en este contexto respecto de la modificación de la agenda que logra, y en qué medida, modificar el diseño de las políticas que han hecho los actores tradicionales; es decir, el Ejecutivo y el Legislativo.

El problema de los desplazados ha sido una labor interesante para el derecho constitucional colombiano, por los recursos ideados y la forma armónica de gestionar instrumentos y recursos escasos, así como por la necesidad de recurrir a la cooperación internacional para financiar la oficina de seguimiento que se creó dentro de la propia Corte para examinar la política pública. Este caso, interesante por el tamaño de la población beneficiaria de las medidas, ha sido un experimento en marcha, tanto por las posibilidades como por los límites de alcanzar verdaderos y durables grados de progreso social vía progresismo jurisprudencial. La Corte visibilizó muchos problemas sociales permitiendo así que adquirieran significación política, constituyéndose en un actor importante en el proceso de formación de las políticas públicas. Esto ha definido de forma inédita en la historia colombiana el rol institucional de la Corte Constitucional y ha constituido un referente global acerca de los límites y posibilidades de alcanzar el progreso social vía progresismo jurisprudencial.