



EL PODER DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA Y EL LLAMADO “ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL”¹

*Mauricio A. Plazas Vega*²

RESUMEN

La Constitución Política colombiana de 1991 permitió reflexionar sobre el alcance de las sentencias de los jueces, en cuanto éstos pueden influir directamente en el ejercicio de las funciones de las otras ramas del poder público (Ejecutiva y Legislativa). Al respecto, el presente artículo formula algunos criterios de orden jurídico, y reflexiones en torno a la sentencia de la Corte Constitucional T – 025 de 2004, que declaró el “estado de cosas inconstitucional” por la situación de los desplazados en Colombia.

PALABRAS CLAVES

Constitución Política Colombiana, Derechos, Juez Constitucional, Rama Legislativa, Rama Ejecutiva, Políticas Públicas, Sentencia, Corte Constitucional, Desplazados, Inconstitucional.

ABSTRACT

The 1991 Colombian Constitution allowed opened the opportunity to question the role of decisions, sentences, made by judges, considering they are the ones competent influence on the other powers of the state (executive and legislative powers). Whit this in mind the article studies the decision of the Constitutional Court (sentence T – 025 of 2004) in which it declared the “constitutional state of things” of the refugees in Colombia.

¹ Este ensayo reproduce apartes de la segunda edición del libro del autor intitulado “Del realismo al trialismo jurídico”, en proceso de edición y publicación por la Editorial Temis, Bogotá, 2009.

² Profesor de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

KEY WORDS

COLOMBIAN CONSTITUTION, RIGHTS, CONSTITUTIONAL JUDGE, LEGISLATIVE POWER, EXECUTIVE POWER, PUBLIC POLICY, DECISION, THE CONSTITUTIONAL COURT, REFUGEES, UNCONSTITUTIONAL.

1. LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991 Y EL AUGE DE LA REFLEXIÓN IUSFILOSÓFICA

La Constitución de 1991 dio lugar a una profunda reflexión en torno a la interpretación del derecho, el alcance de las sentencias del juez y el contenido social que subyace tras el sistema de normas. La acción de tutela, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, la sujeción de los jueces únicamente a la ley, la supremacía de la Constitución y la obligación política de obedecerla y el poder político del juez constitucional han sido, entre otros de sus preceptos, el origen de controversias y planteamientos de indudable interés, tanto en el seno de la Corte Constitucional como en la doctrina y en las cátedras universitarias.

Suele decirse, con acierto, que la Constitución no se limita ya al conjunto de normas que conforma la Carta Política; que el proceso constituyente no ha culminado ni se agotó con la Constitución, sino que halla en ella su punto de partida³. No solo porque en numerosas ocasiones asigna a la ley la función de desarrollar en detalle sus preceptos, sino también porque compromete a los diversos órganos del poder público con labores que dan un amplio margen de libertad de acción en procura de que los objetivos del constituyente tengan su expresión en la realidad. La Corte Constitucional, al abordar el tema de la interpretación de la Constitución, en relación con las atribuciones del Parlamento, ha insistido en que la ley no es a la Carta Política lo que el decreto reglamentario es a la ley, porque el legislador no se limita a desarrollar ni a ejecutar las materias que le defiere la Constitución, sino que, además, goza de amplio radio de acción para establecer y modificar políticas legales pero siempre con sujeción a los preceptos de la "norma de normas". Tal circunstancia le exige una labor de interpretación de la Carta sobre la cual observa la Corte:

"No es posible pensar que el legislador pueda ejercer las competencias que la Constitución le atribuye sin que en esa tarea necesite interpretar la Constitución. La interpretación es un momento imprescindible del derecho y en modo alguno ausente en el proceso de creación de las normas legales. La Constitución,

³ Véase al respecto el trabajo de FERNANDO ÁLVAREZ ROJAS intitulado "El nuevo derecho, paradigma de comprensión y desarrollo de la Constitución de 1991", en *Revista de Derecho Público*, Santa Fe de Bogotá, Universidad de los Andes, 1993, págs. 129 a 140.

como eje central del ordenamiento, debe ser acatada por todas las personas y órganos del Estado y para ello es indispensable su interpretación. De hecho *la Constitución existe y despliega su eficacia en la medida que se actualice en la vida concreta y ello no puede ocurrir por fuera de su interpretación que, en estas condiciones, adquiere el carácter de un proceso abierto del cual depende su efectiva materialización y permanente enriquecimiento*" (sent., C-531, 11 noviembre 1993, ponente EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ).

Empero, como en general se impone a los diversos órganos del poder público, el Congreso debe limitar esa labor de interpretación a su función legislativa y evitar excesos que puedan entrañar intromisión en relación con lo que le compete a otras instituciones y, en particular, a la Corte Constitucional, encargada de la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución Política.

En lo que atañe a la *rama judicial*, la Carta pone de manifiesto esa dinámica de constante evolución y efectividad en preceptos como los que regulan las funciones de la Corte Constitucional, originarios de una profunda y prolija jurisprudencia que en varios casos se ha separado del tradicional formalismo de las normas, para reconocer que el derecho sí tiene un contenido y halla su sentido en la realidad social. Si bien la Corporación ha orientado lo fundamental de sus planteamientos a advertir que la interpretación constitucional, por todo lo que entraña la Carta Política, no puede seguir los lineamientos de la hermenéutica que en general se predica del sistema de normas, no es menos cierto que desde la perspectiva del artículo 4º de la Constitución, sobre prevalencia de la "norma de normas", y, en general, en un contexto de reflexión sobre el papel de los jueces y operadores del derecho, el pensamiento jurídico transita en nuestros días rumbos que por momentos sorprenden a los dogmas y las tradiciones.

Más no por ello puede pensarse que se trata de nuevas ideas, que echen por la borda la larga y apasionante historia de la filosofía del derecho. Por el contrario, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como los escritos, en general, de los jueces, doctrinantes y operadores del derecho que participan de la nueva marea acuden, con vivo interés, a viejos planteamientos en torno al derecho que reviven en medio de un debate que enaltece a los juristas. Unos proclaman la vigencia del estoicismo, de ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS, para prohijar un iusnaturalismo renovado que, sin embargo, halla su mayor sustento en obras eternas que la Antigüedad y el Medioevo legaron para la historia; otros llegan hasta los sofistas, del esplendor de la Grecia clásica, para hallar las raíces de un positivismo que desconoce la existencia de un derecho universal y prelegal; muchos abogan por una concepción del derecho a partir de los hechos y acuden a la sociología, la economía y la historia para reclamar una visión real de lo jurídico; y no pocos, en fin, orientan sus esfuerzos y reflexiones a defender una apreciación

tridimensional del derecho alrededor de los valores, las normas y los hechos. Todos, a su vez, se acercan, con creciente interés, a los pensadores de los últimos tiempos para hallar apoyo en sus planteamientos sobre la justicia, la equidad, los valores, las normas, los hechos, la psicología, el lenguaje y tantos otros temas: RAWLS, DWORKIN, HART, KELSEN, HOLMES, POUND, BOBBIO, DEL VECCHIO, SAVIGNY, KANTOROWICZ, VON IHERING, COSSIO, REALE, ROSS, BARCELONA, HERVADA, HABERMAS, ALEXI, PERELMAN, PETEV y otros ilustres pensadores, otrora atendidos por los filósofos y unos cuantos juristas con vocación filosófica, hoy se citan con insospechada frecuencia en los fallos judiciales y participan, en creciente medida, en el discurso de doctrinantes y profesores de derecho.

2. LA CREACIÓN DE DERECHO POR PARTE DE LOS JUECES EN GENERAL Y DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN PARTICULAR Y SU INJERENCIA DIRECTA EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE LAS RAMAS LEGISLATIVA Y EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO

A) Nota preliminar – El juez constitucional ya no es solo un “*legislador negativo*”

Esa nueva visión de lo que representan los jueces en el seno del Estado y la función que cumplen al interpretar las normas y los hechos, han sido destacadas por nuestra Corte Constitucional en términos que invitan a otra reflexión sobre el significado real que tiene el fortalecimiento de la rama jurisdiccional, en relación con el objetivo liberal del equilibrio en la separación de poderes, y sobre los alcances y la justificación de un tribunal constitucional independiente, con jerarquía equivalente a las de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, encargado de la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución, tribunal que, en nuestro caso, ha descrito su trascendental función en los siguientes términos:

“[...] El desarrollo de la democracia constitucional puso de presente que el órgano legislativo, depositario tradicional de legitimidad popular, debe estar acompañado del control jurisdiccional, que ha demostrado, a través de la historia del derecho constitucional moderno, ser el órgano más eficaz en la defensa de los derechos de los ciudadanos y los principios democráticos. Las dificultades derivadas del crecimiento desbordante del poder ejecutivo en el Estado intervencionista y de la pérdida del liderazgo político del órgano legislativo, deben ser compensadas, en la democracia constitucional, con el fortalecimiento del poder judicial, dotado por excelencia de la capacidad de control y de defensa del orden

institucional. Solo de esa manera puede lograrse un verdadero equilibrio y colaboración entre los poderes; de lo contrario, predominará el poder ejecutivo.

“[...] En estas condiciones, la idea de control judicial aparece como la clave funcional para evitar el desbordamiento de poder y para lograr una adaptación del derecho a la realidad social. Depositario de las ventajas propias del sabio alejado de la sociedad, que piensa en la objetividad de los valores y dotado de las ventajas de quien tiene el compromiso de tomar cotidianamente en consideración ‘la realidad viviente de los litigios’, el juez está en capacidad, como ningún otro órgano del régimen político, de desempeñar ese papel. En síntesis, el control ejercido por los jueces y tribunales en el Estado constitucional contemporáneo resulta siendo la fórmula para la mejor relación seguridad jurídica-justicia.

“El juez, al poner en relación la Constitución —sus principios y sus normas— con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho” (sent., T-407 de 1992, Corte Constitucional de Colombia, exp. T-778, ponente el Magistrado CIRO ANGARITA BARÓN).

Se trata de examinar el poder de creación del derecho por los jueces, en un contexto de crisis y cuestionamiento de la concepción silogística de su función y de revisión de la lógica formal y el método deductivo como ejes de la aplicación de las normas. De evaluar los alcances de las sentencias, tanto en su motivación como en la parte resolutive, a la luz de nuevas ideas que denuncian la imprecisión de la exactitud matemática y de la construcción lógica tradicional en la interpretación del derecho y, en aras de la realidad, anuncian la *argumentación* como panacea de los fallos, y, en general, de la solución de controversias jurídicas, en procura de decisiones *razonables* en las cuales predomine la *equidad*. De apreciar el papel de los protagonistas del derecho, y, en particular, de la rama jurisdiccional, en medio de la superación de viejos parámetros de interpretación que desde hace muchos años han pretendido iluminar con las normas la evaluación de los hechos, sin considerar la dimensión humana de los jueces ni la importancia de la argumentación. De comprender, con ROBERT ALEXI, que “el método deductivo, desde hace mucho, no es ya sustentado por nadie como modelo completo de aplicación del derecho” y de reconocer lo que tan destacado jurista puso de manifiesto en un trabajo reciente en el cual expuso los aspectos más importantes de su teoría sobre la argumentación jurídica:

“En todas partes se acentúa o cuando menos es tomado en cuenta el papel creador de quien aplica el derecho. Solo existe discusión acerca de si al menos

casos sencillos pueden resolverse por medio de una deducción y si la solución dada a un caso difícil con medios no deductivos puede presentarse como deducción”⁴.

Hoy la retórica, por tanto tiempo desechada y cuestionada al amparo de una explicable preocupación por la simplicidad y la precisión, recobra una importancia insospechada que ha hecho recordar a los sociólogos, filósofos y juristas las viejas obras de la Antigüedad clásica que se ocuparon del arte de la palabra y el poder de convicción. En la misma medida que las leyes del hombre no se descubren sino que se crean, su presencia en el orden social es fruto de la libertad o de voluntad y no de un sistema de origen trascendental que imponga, por necesidad, lo que ha de ser. Por tal razón, su aplicación en el escenario social, a través de la correlación con los hechos que le sirven de referencia, implica siempre, de modo inevitable, un proceso de interpretación que, en cada caso concreto, involucra a muchas personas (las partes en los contratos o en los litigios, los abogados que les representan, los jueces, etc.). En ese contexto, todos los protagonistas del derecho en acción procuran convencer a los otros y las definiciones y decisiones jurídicas fluyen, en última instancia, a manera de intereses de ese encuentro inevitable de argumentaciones que, como tal, descarta la exactitud del silogismo.

CHAÏM PERELMAN, el notable filósofo de la Escuela de Bruselas, ha sido el encargado de sentar las bases de tan acertada concepción y ha merecido el reconocimiento universal como “precursor de la nueva retórica” con obras acogidas con entusiasmo por la doctrina, como el *Tratado de la argumentación* o *El imperio retórico*. Como él mismo lo advierte en la última de las obras citadas, sus planteamientos se encuentran en una simbiosis de la “argumentación” con la “retórica”, de cara a rescatar la importancia del arte de la persuasión, amparada en un feliz retorno a las obras de PLATÓN y en especial de ARISTÓTELES a quien califica como “precursor de la teoría de la argumentación” por sus trabajos intitulados *Los tópicos*, *La retórica* y *Las refutaciones sofísticas*.

Para tal fin acude a la distinción que hace ARISTÓTELES entre razonamientos “analíticos” y “dialécticos” según implique una conclusión indiscutible o solo

⁴ ROBERT ALEXI, *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. de Luis Villar Borda, Santa Fe de Bogotá, 1995, pág. 38. Es de mencionar, alrededor del silogismo, la argumentación jurídica y los planteamientos de ALEXI, el trabajo de PAUL CAHN SPEYER WELLS intitulado *Derecho: entre silogismo y contenido*, en el cual el autor aboga por una suerte de teoría de la argumentación jurídica acogida por el derecho positivo en la cual se delimiten, en forma clara y precisa, los parámetros que han de seguir el juez y los operadores jurídicos en general para la interpretación y aplicación del derecho, siempre a partir del texto de las normas y el predominio de la seguridad jurídica. A “una especie de ley 153 de 1887 pero moderna, es decir, manteniendo su sabiduría pero acoplándola a las circunstancias del derecho actual”, alude CAHN SPEYER. Véase *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* número 324, de diciembre de 2003, págs 131 a 148.

conduzca a una opinión generalmente aceptada. Respecto de las primeras, el método deductivo y el silogismo son pertinentes y conducen a una inferencia válida. En los segundos, el cambio, la opinión aceptable tiene como base la “argumentación”, como ocurre con las “ciencias sociales” y en particular con el derecho. Sobre estas bases, concluye el filósofo de la Escuela de Bruselas: “el fin de una argumentación no es deducir las consecuencias de ciertas promesas sino producir o acrecentar la adhesión de un auditorio a las tesis que se presentan a su asentimiento”⁵.

He ahí el contexto doctrinario que ha servido de referencia a la Corte Constitucional de Colombia para resolver problemas de tan profundo contenido como son los relacionados con el respeto del “principio de igualdad” por parte del legislador. La jurisprudencia en esa materia ha sido prolija y gira en torno a la “razonabilidad”, la “proporcionalidad” y la denominada “carga de la argumentación”. Para la Corte, todo juicio de esta naturaleza implica que cualquier diferencia o discriminación que disponga el legislador sea fruto de claras consideraciones que demuestren que la medida no solo es “proporcional” sino “razonable” y hace necesario que quien defienda la validez de la diferencia asuma la “carga de la argumentación” siempre sobre la base de que “la igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad”. Naturalmente, la definición sobre lo razonable y proporcionado del trato desigual implica un papel fundamental de la argumentación por parte de quienes intervengan en los juicios ante la Corte y, por supuesto, de la corporación misma. Al respecto la Corte ha sido enfática al sostener que “al juez no le basta oponer su razón a la del legislador” porque “la jurisdicción es un modo de producción cultural del derecho” y, dado que el poder del juez deriva exclusivamente de la comunidad, “solo la conciencia jurídica de esta permite al juez pronunciarse sobre la irrazonabilidad o no de la voluntad del legislador”⁶.

Pero tan indispensable evaluación debe tener en cuenta que esa potencialidad de creación del derecho no es la misma en la jurisdicción constitucional que en la generalidad de la que nuestra Carta Política denomina *rama judicial*. El poder de la Corte Constitucional de definir si las leyes se ajustan a la Constitución, en los términos previstos en el artículo 247 de la Carta, entraña una amplia facultad que desborda los tradicionales alcances de lo jurídico para comprender un radio de acción más amplio, propio de la “norma de normas”, como es el político. Y sus atribuciones en lo que toca con la revisión de las sentencias de tutela, unidas a los generales y amplios alcances que la misma Corte le ha dado a algunos de sus

⁵ CHAÏM PERELMAN, *El imperio retórico*, trad. de Adolfo León Gómez Giraldo, Santa Fe de Bogotá, Norma, pág. 29.

⁶ Entre otras sentencias sobre el tema, véase la sentencia número. T-422, de 19 junio 1992 (Magistrado Ponente EDUARDO CIFUENTES), a la cual corresponde el aparte transcrito.

fallos en pro de la “optimización de los derechos fundamentales” de los asociados evidencian, en grado sumo, su activo papel en la creación del derecho, muchas veces en el ámbito de una reconocida tensión entre lo que la ley dispone y lo que los principios constitucionales demandan⁷. A todo lo cual es de agregar que su disposición a crear derecho no solo obedece a las actuales tendencias del pensamiento sino que en muchos casos es inevitable, en virtud de la textura abierta de nuestra Carta Política en relación con varios de los derechos que declara y reconoce. Piénsese, por ejemplo, en la *dignidad humana*, la *igualdad*, el *libre desarrollo de la personalidad*, el *derecho a la paz* o el *derecho a la seguridad social*, ámbitos temáticos respecto de los cuales la jurisprudencia de la Corporación ha sido, y debe ser, original y extensa.

El poder de los demás jueces, en cambio, tiene un alcance más limitado porque su función se extiende a casos concretos, a hechos, y no a definir si lo decidido por la rama legislativa del poder público, o en su caso por el presidente de la república, de leyes en sentido formal o material, contraviene la Constitución o no y puede integrar el ordenamiento jurídico, o no.⁸ Lo cual no es óbice, desde luego, para destacar lo que ha sido su labor en el ámbito de la tutela.

La Corte Constitucional, según se aprecia en el título VIII de nuestra Constitución Política, hace parte de la *rama judicial* del poder público y surgió en Colombia con objeto de garantizar que los juicios constitucionales sean resueltos por un cuerpo especializado, pero dentro del conjunto tripartita que LOCKE y MONTESQUIEU legaron para los regímenes liberales. Así lo confirman los planteamientos que sirvieron de sustento a su creación por los constituyentes de 1991, en los cuales se lee lo siguiente:

“Se propone la creación de la Corte Constitucional por la necesidad que se ha visto en todos los campos del derecho de lograr cada vez más una mayor especialización de los organismos que ejerzan la tarea jurisdiccional. Así como la labor de casación que cumplen las salas civil, penal y laboral requieren ser

⁷ Sobre esa tensión hay numerosos textos. Pero acaso por su claridad y su coincidencia con lo que hemos vivido en Colombia, es de citar aquí la obra de de CARLO MARYA MARTÍN y GUSTAVO ZAGREBELSKY intitulada *La domanda di giustizia* (Torino, Giulio Einaudi Editore, 2003), en la cual los autores ponen de manifiesto sus alcances al tratar lo relacionado con los poderes del legislador y del juez. En definitiva, anotan, la supuesta sujeción estricta de los jueces a la ley es muchas veces una ilusión, en particular en los “casos difíciles” en el marco de los cuales “la independencia del juez no protege la sujeción ciega a la ley sino la responsable consulta de la justicia” y puede llegar a contrariar la propia ley. cfr ed cit, pág 27.

⁸ Lo cual no es óbice para advertir que en el actual entorno de aproximación a las diferentes ramas del derecho desde la Constitución, los jueces en general cumplen un permanente papel en la defensa de la Carta Política, como bien lo observa ALFONSO CELOTTO en *La Corte Costituzionale*, Napoli, Il Mulino, 2004, págs 7 a 9.

ejercidas por expertos en la materia, cada día el derecho público adquiere mayor especificidad.

“Es por ello que dentro de la estructura de la nueva Constitución, resulta conveniente separar las funciones de tribunal de casación de la Corte Suprema de Justicia, de la facultad de control de constitucionalidad. Esta mayor especialización en el juzgamiento constitucional, permitirá que con el tiempo se constituya una jurisprudencia estable sobre los alcances de cada una de las normas de la nueva Carta, con claridad sobre las facultades de las ramas del poder público y en particular sobre la naturaleza de los estados de excepción.

“Es igualmente importante que este nuevo organismo determine el alcance de los derechos y libertades públicas, creando una interpretación estable y coherente sobre su ejercicio. Se trata de la creación de un organismo especializado, dedicado únicamente al juzgamiento constitucional e integrado por magistrados que, aunque conocedores de otras disciplinas jurídicas, cuenten con una formación básica en derecho constitucional”⁹.

Con todo, esa facultad de decidir sobre lo que disponen otras ramas del poder público puede comportar una posición predominante que, como se pone de presente en el fallo número T-406 de 1992 de la Corte Constitucional, (Magistrado Ponente CIRO ANGARITA BARÓN), citado, excede el ámbito tradicional de la separación de poderes y hace evidente que el propósito del constituyente, de reiterar esa concepción tripartita, solo se cumple en apariencia.

El crucial compromiso del juez constitucional, vinculado a la prevalencia del contrato político, no solo lo inviste del poder de decidir sobre la exequibilidad de las leyes, sino que también lo habilita para realizar una permanente labor creativa al amparo de la facultad de interpretar la Carta Política y hacer posible que la voluntad del constituyente tenga realidad plena y actual.

La Corte, en efecto, no es ya el simple *legislador negativo*, que dijera KELSEN, sino que participa en el conjunto de las fuentes del derecho de manera creciente, mediante la interpretación jurídico-política de la Constitución, aun a pesar de que se le incluya como parte de la rama jurisdiccional del Estado. Lo propio puede decirse del Consejo de Estado en lo que atañe a su función de decidir sobre la constitucionalidad de las normas cuyo control no se le ha asignado a la Corte Constitucional, si bien nuestro ordenamiento no ha sido consecuente con los al-

⁹ Ponencia para primer debate, Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia. Texto publicado en CARLOS LLERAS DE LA FUENTE y MARCEL TANGARIFE TORRES, Constitución Política de Colombia - Origen, evolución y vigencia, Santa Fe de Bogotá, Edición conjunta Universidad del Rosario, Universidad Javeriana y Biblioteca Jurídica Dike, 1996, pág. 913.

cances de esa función y confunde los juicios de constitucionalidad, sometidos a su conocimiento, dentro de la generalidad de los contenciosos de nulidad¹⁰.

Cabe acoger aquí los planteamientos de SANDRA MORELLI en los cuales se advierte que el juez constitucional cumple una función “mixta”, no simplemente jurídica, sino también “política”, en virtud de la cual “en la práctica el control de constitucionalidad ha adquirido tales dimensiones que se impone aceptar que legisla, y que en consecuencia sus sentencias son fuente del derecho”¹¹.

A lo cual es de agregar que el mismo Tribunal ha sostenido, de manera reiterada, que las motivaciones de los fallos proferidos por los jueces constitucionales tienen fuerza vinculante, y en definitiva son fuente de derecho cuando quiera que tengan directa relación con la parte resolutive. Así puede apreciarse en la sentencia número C-037 de 1996, (magistrado ponente VLADIMIRO NARANJO M.), en la cual se lee:

La parte motiva de la sentencia “constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas del derecho en general; solo tendrán fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente sobre ella”¹².

B) El “activismo” de la Corte Constitucional de Colombia.

a) La incidencia de los *derechos fundamentales* en el *activismo judicial*:

¹⁰ En diálogo con JAIME ABELLA ZÁRATE, ex magistrado del Consejo de Estado y reconocido jurista, tuvimos la oportunidad de conocer sus planteamientos sobre la necesidad de modificar el ordenamiento para que los juicios de constitucionalidad que asuma el Consejo de Estado tengan un tratamiento similar al de los que se ventilan ante la Corte Constitucional. No por ello el doctor ABELLA descarta la suspensión provisional como una medida preventiva de singular importancia que debe conservarse aun en el caso de que se acogiera su propuesta.

¹¹ Véase a SANDRA MORELLI, *La Corte Constitucional: ¿un legislador complementario?*, Santa Fe de Bogotá, 1997, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Universidad Externado de Colombia, 1997, pág. 43. La obra de la doctora MORELLI se orienta a destacar que “el juez constitucional constituye uno de los pilares del nuevo paradigma jurídico, aquel del Estado constitucional” y a reclamar de los juristas en general, y de nuestra Corte Constitucional en particular, una conciencia plena sobre lo que significa un órgano independiente de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado cuya función capital es la de velar por la guarda de la integridad de la Carta. A juicio de MORELLI, la Corte Constitucional no tiene cabida en la estructura de separación de poderes propuesta por MONTESQUIEU.

¹² Véase, ibidem, pág. 45. En ese aparte de la obra, SANDRA MORELLI se ocupa de “la sentencia constitucional como fuente de derecho”.

Es indudable que la Constitución de 1991 gira, en un alto grado, alrededor de los *derechos fundamentales* y tal circunstancia explica, en muy buena parte, el curso que ha tenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional en pos de su garantía plena y su realización efectiva. Sin la menor duda, el punto de partida de esa tendencia se encuentra en el propio preámbulo de la *Carta Política*, conforme al cual es objetivo primordial de nuestra Patria un “orden político, económico y social justo”¹³, y se proyecta en los llamados *derechos sociales*, respecto de varios los cuales la Corte se ha pronunciado en muchas ocasiones para reconocerles la condición de *derechos subjetivos* que obligan directa e inmediatamente al Estado con sus titulares.

No hay una definición normativa ni unanimidad en la doctrina sobre el significado de los *derechos fundamentales*. Tampoco rige al respecto en Colombia un catálogo o listado taxativo, no obstante que el artículo 86 de la Constitución Política consagra la *acción de tutela* para proteger su eficacia y su cabal ejercicio.

Sobre lo primero, es de recordar la definición de la Corte Constitucional contenida en la sentencia número T-571 de 1992 (ponente el Magistrado JAIME SANIN G.) conforme a la cual son *derechos fundamentales* “los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana” (...) “y son inherentes al ser humano: es decir, los posee desde el mismo momento de su existencia -aun de su concepción- y son anteriores a la existencia del Estado, por lo que están encima de él”. Y en la doctrina nacional son de destacar los planteamientos de RODOLFO ARANGO sobre los *derechos sociales fundamentales* como “derechos subjetivos con alto grado de importancia y carácter positivo general”, derechos respecto de los cuales las personas naturales son sus titulares y el Estado el obligado a garantizarlos, protegerlos y auspiciar su ejercicio.¹⁴

En lo que toca con el segundo aspecto, si bien el capítulo I del título II de la Constitución Política se refiere a los *derechos fundamentales* no contiene una lista taxativa porque o bien incluye *derechos* que no tienen la condición de *fundamentales*, como es caso al *derecho a la paz*, o bien excluye otros que están previstos en capítulos diferentes de la Carta Política, como ocurre con los *derechos fundamentales* de los niños a que se refiere el artículo 44, que hace parte del capítulo II del título mencionado, están consagrados en declaraciones o convenios interna-

¹³ Así lo anota, con acierto, JAIME VIDAL PERDOMO en *Derechos económicos*, texto que hace parte del libro intitulado *Jurisdicción Constitucional de Colombia — La Corte Constitucional 1992-2000*, compilación de varios trabajos, publicación de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Fundación Konrad Adenauer, 2001, págs. 285 a 291.

¹⁴ Véase RODOLFO ARANGO, *El concepto de derechos fundamentales*, Bogotá, Legis y Universidad Nacional de Colombia, 2005. Cfr la definición de los derechos sociales fundamentales en la pág 1.

cionales o simplemente, al decir del artículo 94 de la Constitución, son inherentes a la persona. Así lo ha puntualizado la Corte Constitucional en sentencias como las número T-002 y T-008 de 1992 (ponentes, en su orden, los Magistrados ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO y FABIO MORON DIAZ).

En definitiva, según suele anotarse tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es al juez de tutela, y en su caso a la Corte Constitucional, a quien corresponde definir si en un determinado supuesto estamos o no ante un *derecho fundamental* que deba ser materia del amparo¹⁵. Como igualmente le corresponde decidir sobre la procedencia de la tutela respecto de derechos que si bien no son en principio *fundamentales* tienen una inequívoca conexidad con los *derechos fundamentales*¹⁶.

El capítulo II del título II de la Constitución Política de Colombia se refiere a los *derechos económicos, sociales y culturales*, todos los cuales cabe encuadrar entre los que se han denominado *derechos de las segunda y tercera generaciones*, desde una perspectiva que reconoce que son derechos de desarrollo progresivo y no necesariamente de aplicación inmediata, especialmente en los *países en vías de desarrollo* en los cuales suele ocurrir que los recursos de la *hacienda pública* son insuficientes. Sobre la viabilidad de su protección, por vía de tutela, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha evolucionado de la tesis de la conexidad con los *derechos fundamentales*, comentada supra, a la de la consideración de ciertos derechos económicos y sociales como *fundamentales* sin necesidad de evaluar su relación con otros derechos de esa naturaleza.¹⁷

Toda esta temática, unida al contexto de tránsito del *Estado del derecho* al *Estado social de derecho*, que le es propio, ha conducido al llamado *constitucionalismo social* y a una activa labor de la Corte Constitucional en pos de la realidad efectiva de los *derechos fundamentales*, en medio de un *activismo* que se percibe tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela y en encuentra sus mayores proyecciones en el ámbito de los *derechos económicos y sociales* que

¹⁵ A manera de ejemplo, así lo ponen de presente MARIO MADRID-MALO GARIZABAL en *Derechos fundamentales*, Bogotá, 1997 3R editores, 1997 y MANUEL JOSE CEPEDA E. en *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis, 1997.

¹⁶ Cfr., al respecto, la sentencia número T-571 de 1992, Magistrado Ponente JAIME SANIN GREIFENSTEIN.

¹⁷ Así lo puntualiza MANUEL FERNANDO QUINCHE en *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008, págs. quien cita, a manera de ejemplo, las sentencias números T-006 (ponente el Magistrado NILSON PINILLA PINILLA), T-016 (ponente el Magistrado HUMBERTO SIERRA PORTO) y T-034 (ponente el Magistrado MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA), todas de 2007. A ellas cabe agregar la sentencia número T-760, de 2008, sobre derecho a la protección de la salud, que se examina en el literal siguiente de esta sección del libro.

para la Corporación puedan llegar a tener la condición de *fundamentales* y tengan una inescindible relación de conexidad con *derechos fundamentales*. Activismo que, en numerosas ocasiones, ha trascendido el alcance típicamente individual o interpartes de las *sentencias de tutela* para arribar a órdenes generales dirigidas al Estado, como un todo, o a algunas de sus autoridades, y necesariamente invita a la reflexión sobre las proyecciones políticas y gubernamentales de la justicia constitucional y su coincidencia o no con el *principio liberal* de la *separación* en ramas del poder público.

La labor desplegada por nuestra Corte Constitucional en pos de la dimensión objetiva y efectiva de los *derechos fundamentales*, y en particular de los de contenido económico o social, en muchos casos ha comportado determinaciones que más que del juez parecen provenir de la rama ejecutiva del Estado, porque más que órdenes propias de una sentencia constituyen documentos programáticos con *políticas públicas*. Naturalmente, la pregunta que surge, ante providencias como esas, es si a nombre de los *derechos fundamentales* resulta admisible ese grado de poder del juez constitucional.

Son de recordar, al respecto, las siguientes advertencias que en su momento hiciera VLADIMIRO NARANJO MESA cuando se desempeñaba como Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia: “¿Tienen, o deben tener, los tribunales constitucionales injerencia en las decisiones políticas dentro de la organización estatal? O mejor, ¿deben los tribunales constitucionales jugar un papel protagónico dentro del sistema política del Estado? En mi sentir, la respuesta a las anteriores formulaciones no puede ser sino negativa (...) lo que es esencial en un régimen de separación de funciones entre las ramas y órganos del poder público, es decir, dentro de un Estado de derecho verdaderamente democrático, es que un órgano, so pretexto de ejercer sus competencias, no invada las que son propias de los otros órganos (...) los miembros de un tribunal o Corte Constitucional, por la posición que ocupan como máximos jueces en estas materias, por la inmensa responsabilidad que asumen frente a la sociedad política, por la misma dignidad del cargo que ocupan, deben, a toda costa, evitar caer en la tentación de lo que se ha llamado el *populismo constitucional*. No es el suyo un papel mesiánico ni redentor. No les corresponde asumir, desde el estrado judicial, el rol de políticos, de legisladores o de gobernantes”¹⁸.

¹⁸ VLADIMIRO NARANJO MESA, El papel de los tribunales constitucionales en el sistema político, en Jurisdicción Constitucional de Colombia — La Corte Constitucional 1992-2000, compilación de varios trabajos, publicación de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Fundación Konrad Adenauer, 2001, págs. 489 a 495.

En el ámbito de esa reflexión es forzoso reparar también en la eficacia y legitimidad de los fallos que profiera el juez constitucional, en especial en lo que concierne a los *derechos de segunda y tercera generación*. Porque si bien es cierto que lo ideal sería que la totalidad los *derechos económicos, sociales y culturales* que consagran nuestra Constitución y los tratados sobre *derechos humanos* que ha ratificado Colombia se cumplieran plena e inmediatamente en relación con todos los asociados, lo cierto es que en la misma medida en que para su atención se requieren recursos de la *hacienda pública* que son escasos, sólo a partir de un proceso sistemático y progresivo que tenga en cuenta la real capacidad financiera del Estado pueden ser atendidos.¹⁹ El desconocimiento de esa realidad puede conducir a la pérdida de credibilidad en la Corte ante el hecho insuperable de que los fallos ilusorios que profiera no se puedan cumplir, en mayor o menor grado, o al menos no en los plazos o en las condiciones que al efecto se señalen. Por consiguiente, la viabilidad financiera pública de lo que ordenen la sentencias correspondientes no solo interesa a las autoridades de hacienda sino, de modo especial, a la propia Corte Constitucional.

Es indudablemente un mérito de nuestra jurisprudencia constitucional advertir que los *derechos económicos y sociales* pueden tener la connotación de *derechos subjetivos y fundamentales* que, al decir de RODOLFO ARANGO, entrañen una *posición jurídica* e impliquen una obligación cierta y efectiva a cargo del Estado cuyo cumplimiento pueda ser exigido por sus titulares.²⁰ En ese sentido, puede decirse que vivimos un *constitucionalismo social* de vanguardia. Pero lo que genera inquietudes e invita a la reflexión es el alcance que la Corporación le ha dado a ese criterio y, en especial, los efectos ultraindividuales que le ha asignado a varios de los fallos de tutela que ha proferido, no obstante su ámbito en principio individual, tema que se aborda a continuación.

b) El activismo judicial en la jurisprudencia:

Ya Colombia ha conocido sentencias de la Corte Constitucional que no se limitan a declarar la inexequibilidad de las leyes contrarias a la Carta, sino que crean directamente normas que se agregan al ordenamiento vigente y deben ser cumplidas a cabalidad por los asociados. Aún más, vivimos también, a partir de la Constitución de 1991, la inmediata e imperativa participación de la misma Corte

¹⁹ De ahí que el artículo 26 del pacto de San José disponga expresamente tal progresividad en su atención. En el mismo sentido, véase a CRISTINA PARDO SCHLESINGER, La acción de tutela y el derecho a la salud, en Jurisdicción Constitucional de Colombia — La Corte Constitucional 1992-2000, compilación de varios trabajos, publicación de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Fundación Konrad Adenauer, 2001, págs. 303 a 317.

²⁰ Cfr RODOLFO ARANGO, El concepto de derechos sociales fundamentales, Capítulos I y III.

en las políticas públicas mediante la declaración del llamado “*estado de cosas inconstitucional*”, en el marco de acciones de tutela que en principio deberían generar únicamente efectos individuales pero que, por su recurrencia y la constante y masiva vulneración de derechos fundamentales que les sirven de contexto, sugieren la necesidad de una medida de mayor alcance y cobertura: la calificación de ese presupuesto fáctico de violación generalizada de derechos fundamentales como un “*estado de cosas inconstitucional*” que habilita a la Corte para impartir órdenes de dimensiones notoriamente más amplias que las que origina la tutela y, por esa vía, suelen entrañar una intervención directa de la Corporación en las *políticas públicas*.

A todo lo cual cabe agregar que la Corte ha concluido que, en ejercicio de la guarda de la integridad de la Constitución Política, que le compete, y con el objeto de proteger los derechos fundamentales y de manera muy especial el *derecho a la vida*, puede y debe ordenar en ciertas ocasiones la realización de *gasto público*. Y lo ha hecho tanto al pronunciarse sobre acciones públicas de inconstitucionalidad, con efecto *erga omnes*, como con ocasión de la tutela de derechos fundamentales con efectos en relación con la persona afectada.

Su labor en el orden social, bueno es reconocerlo una vez más, ha sido trascendental y, en lo que concierne específicamente a la tutela, se ha hecho extensiva en general a todos los jueces del país. Esta obra no puede menos que hacer suyo lo que sobre el particular dijo MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en su momento Magistrado de la Corporación: “No se puede retroceder. Lo que se ha dado en Colombia, a mi juicio, es una revolución silenciosa y pacífica en defensa de la dignidad humana. En ella todos los jueces del país han jugado un papel crucial por el cual los ciudadanos, y hablo ahora como ciudadano, les estamos sinceramente agradecidos”.²¹

De lo que aquí se trata es de aludir a algunas expresiones de ese activismo de la Corte que indudablemente invitan a la reflexión y en ocasiones preocupan por lo que significan para nuestro sistema liberal de separación en ramas del poder público. Según se verá a continuación, la Corte no solo ha concurrido directa y permanentemente en la creación de *derecho positivo* sino que se ha convertido en protagonista de primer orden en la fijación y ejecución de las políticas públicas del país, con lo cual la vieja identificación del juez constitucional como un “*legislador negativo*” ha sido ampliamente superada. Las más de las veces sus fallos han sido acertados y edificantes para nuestro *Estado social y constitucional de derecho*. Pero en ocasiones, por demás importantes y de profundos alcances, han

²¹ MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007, pág. 117.

evidenciado excesos susceptibles de cuestionar y originarios de una sana controversia nacional que no debe pasar desapercibida. Veamos:

En primer lugar, la sentencia número C-149, del 22 de abril de 1993, ponente, el Magistrado JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, por la cual se declararon inexequibles los artículos 16, 17 y 18 de la ley 6ª de 1992, relacionados con los “bonos para desarrollo social y seguridad interna” (BDSI) que debieron adquirir los contribuyentes del impuesto sobre la renta que reunieran las condiciones previstas en el ordenamiento, pero cuyo capital fue devuelto a los “inversionistas” antes del vencimiento como consecuencia de la inexequibilidad. La Corte consideró que si bien en apariencia se trataba de “inversiones forzosas”, los pretendidos “bonos” comportaban en realidad un impuesto establecido en ejercicio del poder de imperio y con todas las características que suelen tipificar a esta especie de tributo, pero en abierta contravención con el artículo 363 de la Carta, por el cual se prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes tributarias. A juicio de la Corporación, el hecho de que la supuesta “inversión” no generara ningún tipo de rendimiento para el “inversionista” evidenció la naturaleza impositiva de la prestación y la consiguiente violación del precepto constitucional citado. Sobre esas bases, y a fin de descartar un enriquecimiento sin causa justa por parte del Estado, fruto de las sumas recaudadas con anterioridad al fallo, ordenó “al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrar, en un término que no podrá ser superior a seis (6) meses contados a partir de la fecha de la comunicación de esta sentencia, la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de la aplicación del artículo 17 de la ley 6ª de 1992”.

En segundo lugar, la sentencia número C-221, del 29 de abril de 1997, Magistrado Ponente ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, por la cual se declaró la “inexequibilidad diferida”, o la “exequibilidad temporal”, del literal a) del artículo 233 del decreto-ley 1333 de 1986, relacionado con la autorización a los concejos municipales y al Distrito Especial de Bogotá para establecer el “impuesto de extracción de arena, cascajo y piedra del lecho de los cauces de los ríos y arroyos, dentro de los términos municipales, sin perjudicar el laboreo y el aprovechamiento legítimo de las minas y de las aguas”²².

A juicio de la Corte, los impuestos en cuestión son incompatibles con las regalías porque, a la luz de la ley acusada, tienen como hecho generador la “explotación de los recursos naturales no renovables”, es decir, el mismo presupuesto que da origen a la obligación de pagar “regalías”. En su opinión, la posibilidad de que

²² La sentencia se analiza en detalle en el apéndice III de la obra *Del realismo al trialismo jurídico*, Bogotá, Temis, 2009.

los concejos municipales graven con el impuesto en comentario la explotación de ese tipo de recursos contrasta con el propósito del constituyente de auspiciar un sistema nacional de regalías que, en las precisas condiciones que disponga la ley de regalías (hoy la ley 141 de 1994), beneficie a la generalidad de las entidades territoriales y no únicamente a los municipios en cuya jurisdicción tiene lugar la explotación. Empero, la misma corporación asumió, sin reservas, la posición de creadora de derecho al ejercer su función de establecer los efectos de sus fallos en el tiempo y disponer que la inexecutable solo será “diferida”, mientras el Congreso cumple con su compromiso constitucional de establecer regalías sobre ese tipo de explotaciones a que se refiere la ley censurada. Al respecto, tuvo en cuenta que en ausencia del gravamen autorizado no habría regalías a cargo de los explotadores y, amparada en antecedentes de tribunales constitucionales de otros países y en su deber de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, decidió declarar executable la norma pero por espacio de cinco (5) años. En los ordinales segundo y tercero de la parte resolutive del fallo se aprecia con claridad ese poder cuasilegislativo de la Corte que se pone de manifiesto también en los considerandos del fallo, en los cuales la corporación esgrime sus puntos de vista a la manera de un Parlamento en proceso de creación de leyes:

“Segundo: Declarar *executable*, en el entendido [sic] que las explotaciones de los recursos naturales no renovables requieren de licencia ambiental de acuerdo con las exigencias de la ley 99 de 1993, y en forma temporal por un plazo de cinco (5) años contados a partir de la notificación de la presente sentencia, el literal a) del artículo 233 del decreto 1333 de 1986.

“Tercero: *Exhortar* al Congreso para que, en cumplimiento del deber impuesto por el artículo 360 de la Constitución, y con la libertad democrática que le es propia, defina en un plazo de cinco años, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, el régimen de regalías de aquellos recursos naturales no renovables, cuya explotación aún no está sujeta al pago de la contraprestación *regalía* exigida por la norma constitucional. Expedida durante este término la correspondiente norma legal, el literal a) del artículo 233 del decreto 1333 de 1986 será *inexecutable*, en caso de no haber sido derogado por la ley”²³.

²³ La sentencia se preocupa por advertir que una decisión como la contenida en ella, lejos de pretender desplazar al Parlamento, titular del poder de hacer las leyes, procura facilitar su función en la misma medida que permite que su creación normativa subsista dentro del ordenamiento hasta cuando transcurra el término prudencial previsto en el fallo o hasta el día en que se derogue por el legislador. Entre los antecedentes de otros países, la sentencia menciona el caso de los tribunales constitucionales austriaco y alemán y sus planteamientos sobre los diversos tipos de decisiones en relación con el efecto temporal de sus sentencias, incluidas las de “inexecutable diferida”. Véase, al respecto, el apéndice III de la obra *Del realismo al trialismo jurídico*, ed. cit.

En tercer lugar, cabe aludir a algunos de los fallos en los cuales la Corte ha obrado como ordenadora del *gasto público*, en el marco de una clara e inmediata injerencia en el ejercicio de las funciones de la *rama ejecutiva del poder público*

- La sentencia número C-1433, de 2000 (ponente el magistrado ANTONIO BARRERA CARBONELL), por la cual declaró inexecutable la ley 547 de 1999, correspondiente al presupuesto para el año 2000, por no haber establecido un incremento en los salarios de los empleados públicos por lo menos igual al índice de inflación. En esa sentencia, la Corte ordenó al Estado efectuar un incremento superior al inicialmente previsto y, como consecuencia, al Congreso la aprobación de una adición presupuestal para efectuar el mayor gasto. Es interesante transcribir aquí los apartes de la sentencia que ordenaron la realización de gasto público por ese concepto:

*"(...) 2.11. Ordenará poner en conocimiento del señor Presidente de la república y del honorable Congreso de la República la decisión contenida en la presente sentencia, para que dentro de la órbita de sus competencias constitucionales, cumplan con el deber omitido, antes de la expiración de la vigencia fiscal"*²⁴.

Posteriormente, mediante la sentencia número C-1064 de 2001 (Magistrado Ponente MANUEL JOSÉ CEPEDA E.), y con ocasión de una demanda contra la ley 628 de 2000, por la cual se aprobó el presupuesto para la vigencia de 2001, la Corte se pronunció sobre una demanda similar a la que originó la sentencia anterior y morigeró su posición inicial para establecer una serie de pautas sobre *política salarial*, con reglas específicas de aumento según los niveles de salario, y declaró executable a la normativa censurada.

- La sentencia número SU – 819, de 1999 (magistrado ponente ÁLVARO TAFUR GALVIS), por la cual se le concedió la tutela del *derecho a la vida*, mediante la orden de remitirlo al exterior para transplante de médula espinal,

²⁴ También se ocupó del tema la sentencia número C-815 de 1999 (Magistrado Ponente JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO). Sobre la jurisprudencia de la Corte en esta materia se ha enfatizado en que la orden de incrementar los salarios de los servidores públicos, en el año 2000, como mínimo según la inflación, no reparó en que el aumento por debajo de la inflación, inicialmente previsto, obedeció a que en 1999 el incremento de los salarios había sido de cerca del 15.2%, no obstante que la inflación fue del 9.2%. Se anota, además, que los aumentos salariales deben tener en cuenta la productividad y que la medida dispuesta por la Corte no solo no consultaba el antecedente anotado sino que resultaba inequitativa porque nada disponía sobre los empleados del sector privado y, por otra parte, inducía despidos en el sector público. El impacto de la medida en la hacienda pública nacional fue de \$850.000 millones en el año 2000 y cerca de \$1.2 billones en el año 2001, además de su impacto multiplicador en los ejercicios siguientes. Todo ello ha sido puesto de presente por SERGIO CLAVIJO en Fallos y fallas de la Corte Constitucional, Bogotá, ALFAOMEGA, 2001, pág. 32 a 40.

a un paciente que sufría de la enfermedad denominada “*leucemia mieloide crónica*” pero a primera vista no podía ser cubierto por la Empresa Promotora de Salud (EPS). La Corte dispuso que la EPS, en virtud de la tutela concedida, podía repetir contra el Estado por el importe de los gastos correspondientes. Fruto de esa decisión de la Corte, también en este caso el Congreso tuvo que aprobar una adición presupuestal. Los términos en que se pronunció sobre el particular, fueron los siguientes:

“(…) Declarar que la empresa promotora de salud Colmena tiene derecho a repetir proporcionalmente contra el Ministerio de Salud – Fondo de Solidaridad y Garantía, para que éste le reembolse el valor del tratamiento suministrado en el exterior al menor Alejandro Moreno Parra, incluyendo los procedimientos, medicamentos, gastos de traslado y otros, con descuento de la suma equivalente al costo que debió asumir Salud Colmena en caso de haber sido viable el trasplante análogo en Colombia, sin tener que acudir por ello a la jurisdicción ordinaria”.

En cuarto lugar, los controvertidos fallos proferidos por la Corte en relación con el régimen pensional colombiano, en particular en lo que tiene que ver con la llamada “*mesada catorce*”, la cual fue prevista inicialmente por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 como mecanismo para que los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1988 fueran compensados por la desproporción a que quedaron sometidos en relación con los pensionados desde esa fecha. La Corte, mediante las sentencias números C-409 de 1994, (Magistrado Ponente HERNANDO HERRERA VERGARA), C-461 de 1995, (magistrado ponente EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ), C-529 de 1996, (Magistrado Ponente ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO) y C-756 de 2004, (Magistrado Ponente JAIME ARAUJO RENTERÍA), estructuró su jurisprudencia en pos de extender ese beneficio a todos los pensionados, incluidos no solo los que adquirieron la condición de tales desde el 1° de enero de 1998 sino, además, los favorecidos con regímenes pensionales especiales. Estos pronunciamientos de la Corte en pro de la igualdad, según lo apunta SERGIO CLAVIJO, no solo no cumplieron ese *principio* sino que lo desconocieron porque la razón de ser de la *mesada catorce*, prevista para los pensionados antes del 1° de enero de 1998, era precisamente mitigar el desnivel en que quedaron respecto de los restantes pensionados. Según el economista colombiano, el impacto hacendístico de esa decisión de la Corte, en cifras de 2004, arribaba a \$450.000 millones, equivalentes al 2% del Producto Interno Bruto (PIB)²⁵.

²⁵ Véase a SERGIO CLAVIJO, Impacto económico de algunas sentencias de la Corte — El caso de la mesada pensional catorce y de las regulaciones de vivienda, en www.banrepubblica.gov.co, consulta del 3 de septiembre de 2008.

En quinto lugar, la meritoria jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los *principios de progresividad y justicia del sistema tributario*, de la cual, sin la menor duda, es elocuente expresión la sentencia número C-776 de 2003, (Magistrado Ponente MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA), en la que la Corporación declaró inexecutable al artículo 116 de la ley 788 de 2002, por el cual se estableció el impuesto sobre el valor agregado (i.v.a.) sobre los *bienes y servicios de primera necesidad*. La Corte examinó en el fallo no solamente el *principio de justicia* sino, además, la estrecha relación que existe entre los *principios de reserva de ley tributaria y capacidad contributiva*, por lo que significan el debate parlamentario y el conocimiento público de las medidas de tipo tributario que pueda incidir en la justicia del *sistema*. Con fundamento en esta última consideración, la Corte adujo, como una de las razones para la inexecutable, el hecho de que la medida no tuvo los debates parlamentarios que exigen la Carta Política de Colombia y el *reglamento del Congreso*.

En sexto lugar, la discutida jurisprudencia de la Corporación sobre el *derecho a la vivienda digna*, que reconoce y proclama la Constitución Política, jurisprudencia desarrollada mediante las sentencias números C-383, (Magistrado Ponente ALFREDO BELTRÁN SIERRA), C-700 (Magistrado Ponente JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO), la C-747 de 1999, (Magistrado Ponente ALFREDO BELTRÁN SIERRA), en la cual la Corte tomó la loable determinación de proteger a los afectados con el crecimiento desmesurado de sus deudas de capital por préstamos para vivienda, originada como consecuencia de la grave coyuntura de recesión que afrontaba el país y de las reglas previstas en nuestro ordenamiento para la indexación del principal y la generación de intereses a cargo de los deudores. Los pronunciamientos de la Corte, lo mismo que la ley 546 de 1999 a que dieron lugar, condujeron a un alivio general por la reducción significativa de los saldos adeudados y fueron concordantes con la orden a la Superintendencia Bancaria de certificar las *tasas de interés reales* que cobran las entidades financieras la exigencia adicional de que para los préstamos de vivienda operen tasas más bajas que las normales y el reconocimiento de la posibilidad de pago anticipado de deudas hipotecarias (sentencias números C-955 de 2000 Magistrado Ponente JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO y C-252 de 1998, Magistrada Ponente CARMENZA ISAZA DE GÓMEZ). A lo cual cabe agregar la importante jurisprudencia de tutela que se ha desarrollado en torno a dos temáticas de tipo procesal, a saber: el derecho de los deudores a la *reliquidación de los créditos* que precedentemente se expresaran en UPAC, hasta el punto de permitirles formular su petición en tal sentido en cualquier fase en que se encuentre el proceso ejecutivo que afronten y aunque ya haya transcurrido

el término para proponer excepciones y se haya proferido sentencia en firme.²⁶; y la terminación de los procesos ejecutivos que se encontraran en curso el 31 de diciembre de 1999, fecha de referencia para la reliquidación de los créditos cuantificados en UPAC.²⁷

Lo que se ha cuestionado, de la jurisprudencia constitucional y de la ley 546, es que no ofrecieron soluciones verdaderamente justas porque no distinguieron según los estratos correspondientes a las viviendas materia de las medidas, no establecieron topes máximos para la reducción del principal²⁸ y no pusieron realmente fin al problema del incremento desmedido de los saldos de capital con la sustitución del sistema de las *unidades de poder adquisitivo de valor constante* (UPAC) por el de las *unidades de valor real* (UVR). De hecho, hoy es una realidad que en los juzgados del país cursan numerosos *procesos ejecutivos con título hipotecario* que ponen de manifiesto que el régimen de las UVR no fue la vía que se esperaba para superar los problemas que en su momento generaran las UPAC.

En séptimo lugar, la meritoria jurisprudencia que, en ausencia de leyes sobre el particular, ha desarrollado en torno al *derecho de petición* a que se refiere el artículo 23 de la Constitución Política; norma en la cual, es bueno recordarlo, se establece que el legislador puede reglamentar el ejercicio de ese *derecho* ante entidades privadas para garantizar los *derechos fundamentales*. Es de destacar, al respecto, la jurisprudencia relacionada con el ejercicio del *derecho de petición* ante el *sector privado* con numerosas hipótesis sobre su procedencia, entre las cuales cabe mencionar las siguientes: La expedición de *certificados laborales* para acceder a un nuevo empleo; la entrega de la información necesaria para los fines de la *pensión de jubilación* o por *vejez*; la entrega de información, por parte de las entidades financieras, para el ejercicio del *habeas data*; la entrega de información, por parte de las entidades financieras, acerca del estado de las obligaciones crediticias cuando ello sea necesario para créditos encaminados al acceso a la vivienda digna²⁹. Del propio modo, sobresalen las precisiones que ha hecho la Corte sobre el *derecho de petición* ante las autoridades judiciales; derecho que, a

²⁶ Cfr. a manera de ejemplo, la sentencia número T-597 de 2006, ponente el Magistrado ÁLVARO TAFUR GALVIS.

²⁷ Al respecto, es de citar la sentencia número SU-813 de 2007, Magistrado Ponente JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

²⁸ Véase ibídem, segunda parte del ensayo del profesor SERGIO CLAVIJO.

²⁹ Cfr. son significativas, al respecto, en el orden temático que aquí se enuncia, las sentencias números T-738 de 1998 (Magistrado Ponente ANTONIO BARRERA CARBONELL), T-131 de 1998 (Magistrado Ponente HERNANDO HERRERA VERGARA), T-594 de 1992 (Magistrado Ponente JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO) y T-219 de 1995 (Magistrado Ponente EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ).

su juicio, procede respecto de las actuaciones administrativas pero no en relación con los actos judiciales o procesales³⁰.

En octavo lugar, la igualmente importante jurisprudencia sobre el *habeas data* que ha desarrollado la Corte Constitucional, en ausencia de precisiones legislativas, acerca del sentido y los alcances del artículo 15 de la Constitución. La Corte ha establecido numerosas pautas para delimitar el *derecho a la actualización de la información* y las condiciones en que pueden operar las llamadas *centrales de riesgo*, siempre en el marco de una notoria creación jurisprudencial de derecho de la cual es emblemática la sentencia número T-774 de 2007 (Magistrado Ponente NILSON PINILLA PINILLA), en uno de cuyos apartes precisa la Corporación que “no se trata de impedir el manejo de información personal sino de proteger ante el uso indebido de la misma, de modo que no se conculquen la intimidad y el buen nombre de las personas”³¹.

En noveno lugar, la jurisprudencia relacionada con el llamado *mínimo vital*, la cual le ha permitido a la Corte, con el apoyo doctrinario de autores como AMARTYA SEN, desarrollar profundos planteamientos sobre el *derecho a la subsistencia* y los *principios de dignidad e igualdad material*. De las numerosas sentencias que la Corte ha proferido sobre el particular, se destacan las números SU-111 de 1997 y SU-225 de 1998³².

En décimo lugar, los fallos mediante los cuales la Corte Constitucional de Colombia ha declarado el llamado “*estado de cosas inconstitucional*”, en los que su activismo le ha permitido intervenir, de modo imperativo, en el diseño y ejecución de las políticas públicas mediante sentencias y autos cuya referencia en esta obra es muy pertinente. La Corporación ha arribado a la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional* cuando concurren la violación masiva de derechos fundamentales, las deficiencias estructurales para su atención y la falta de voluntad de las autoridades estatales, en todo o en parte del territorio nacional, de forma tal que, ante esa situación, se puede generar una gran proliferación de tutelas, con graves consecuencias para la congestión de los despachos judiciales. Para la entronización de ese instrumento de intervención directa de la Corte, con efectos generales y no inter partes, ha sido definitiva la influencia de ROBERT ALEX

³⁰ Cfr. Sentencia número T-241 de 2000 (Magistrado Ponente ALFREDO BELTRÁN SIERRA).

³¹ Cfr. sentencia número T-774 de 2007.

³² En la sentencia número SU-225 de 1998 (ponente el Magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ), la Corte Constitucional hizo especial énfasis en el artículo 44 de la Constitución Política y los derechos fundamentales de los niños y confirmó la tutela a favor de cuatrocientos dieciocho menores de bajos recursos, cuyos padres se desempeñan en la economía informal, a ser vacunados gratuitamente contra la meningitis. Uno de los aspectos centrales de la sentencia fue la reiteración de los puntos de vista de la Corte sobre el mínimo vital y el derecho a la vida.

y sus planteamientos sobre los *derechos fundamentales* como “*mandatos de optimización*” que demandan una activa función del Estado para su cabal efectividad³³. A partir de tan reconocida como acertada posición del autor de la *Teoría de los derechos fundamentales*, la Corte ha enfatizado en el necesario tránsito de la *subjetividad a la objetividad* de tales *derechos* para concluir que son posibles los fallos que, en pro de su efectividad, trasciendan el efecto *inter partes* de la *tutela* y adquieran la connotación de órdenes generales que delimiten políticas públicas y tengan fuerza imperativa sobre los funcionarios de las diferentes ramas del poder público a los cuales se dirijan.

En las sentencias que en tal sentido ha proferido, la Corte ha impartido órdenes perentorias a las autoridades, con plazos precisos para su acatamiento, que complementa o desarrolla con autos para delimitar el alcance de sus mandatos y de las obligaciones de sus destinatarios. Órdenes que, bueno es advertirlo, si bien nominalmente son de una u otra índole difieren en alto grado de las que usualmente caracterizan a las *sentencias de tutela* y a las llamadas *sentencias unificadoras*, porque no tienen un alcance individual sino que suelen ser de muy amplio contenido, hasta el punto de adquirir las características propias de los actos que definen y orientan las *políticas públicas*³⁴. Las sentencias más relevantes que sobre el particular ha proferido la Corte son las siguientes:

³³ Véase, al respecto, a CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela – El llamado “estado de cosas inconstitucional”, En la Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, núm 1, Santiago de Chile, 2003, págs 202 a 227. El ensayo cita algunos apartes de las jurisprudencias española y norteamericana que apuntan hacia la “objetivación de los derechos fundamentales”. De la jurisprudencia norteamericana menciona, en especial, al caso BROWN II, sobre discriminación racial. Al respecto, cabe mencionar aquí la sección que dedican KATLEEN SULLIVAN y GERALD GUNTHER al tema de la “unconstitutionality of racial segregation”, en Constitutional law, New York, Foundation Press, 2004, págs 671 a 685. El caso BROWN II (BROWN V. BORRAD OF EDUCATION) fue materia de una sentencia del 17 de mayo de 1954, versa sobre la inconstitucionalidad de la discriminación racial en la educación pública y fue fruto de un largo proceso de transición que halla sus orígenes en la Guerra Civil decimonónica. Fruto de tan famosa sentencia son inadmisibles hoy las políticas de separación entre negros y blancos en las universidades. Es, por tanto, un caso muy vinculado a la historia norteamericana que fue precedido por la causa BROWN I, cuya sentencia tuvo la misma orientación pero no contó con plena aplicación en la práctica.

³⁴ Mediante las sentencias unificadoras la Corte se pronuncia con alcances generales pero respecto de situaciones específicas en las que se encuentren los titulares de los derechos tutelados. No se trata, por consiguiente, de mecanismos de intervención del juez constitucional en las políticas públicas, a diferencia de los que ocurre con el “estado de cosas inconstitucional”. Las sentencias unificadoras (SU) tienen por objeto unificar la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales y son proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, a diferencia de las sentencias de tutela que corresponde a salas de tres magistrados.

- * La sentencia número SU-559, de 1997 (ponente el magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ), relacionada con omisiones en la afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- * Las sentencias números T-153 (ponente el magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ), T-590 (ponente el magistrado ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO) y T-606, (ponente el magistrado JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO), todas de 1998, sobre violación de derechos fundamentales de los internos en las cárceles de Colombia.
- * La sentencia número T-559 de 1998 (ponente el magistrado VLADIMIRO NARANJO MESA), sobre retardo en el pago de pensiones en el Departamento del Chocó.
- * Las sentencias número T-068 (ponente el Magistrado ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO) y T-439 (ponente el Magistrado VLADIMIRO NARANJO MESA), ambas de 1998, sobre afiliaciones a la Caja Nacional de Previsión.
- * La sentencia número T-289 de 1998 (ponente el Magistrado FABIO MORÓN DÍAZ), sobre retardo en el pago de salarios por el Municipio de Ciénaga.
- * La sentencia número T-1695 de 2000 (ponente la Magistrada MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ), sobre omisión de la convocatoria para concurso de notarios.
- * La sentencia número T-025 de 2004 (ponente el Magistrado MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA), sobre derechos fundamentales de la población desplazada por la violencia.

Y en undécimo lugar, es de mencionar la sentencia número T-760, de 2008 (ponente el Magistrado MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA), en la cual la Corporación, sin declarar el *estado de cosas inconstitucional* y con ocasión de veintidós (22) acciones de tutela relacionadas con el *derecho a la salud*, tuvo a bien intervenir activamente en las políticas públicas relacionadas con la materia, con un alcance extensivo a la totalidad de la población colombiana. Una sentencia de singular trascendencia histórica y profundo contenido social, cuya ejecución efectiva implica cerca de seis billones de pesos anuales para la *hacienda pública*. Mediante el fallo, la Corte profirió numerosas órdenes dirigidas al Ministerio de la Protección Social, la Comisión de Regulación en Salud, el Consejo Nacional de Seguridad Social, la Superintendencia Nacional de Salud y el administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) que, sin la menor duda, desbordaron el radio de acción propio de la tutela para adentrarse, en general, en cuanto tiene que ver con el *sector de la salud*, el *plan obligatorio de salud* (POS), los *regímenes contributivo y subsidiado*, los *recobros al FOSYGA*, la *cobertura nacional de la salud* y las *cartas de derechos de los afiliados*, entre otros temas.

Bien puede decirse que estamos ante una sentencia que expresa claramente lo que significan el llamado *constitucionalismo social*, el liderazgo que alrededor del mismo le incumbe al juez constitucional y el relativismo actual del principio liberal de la separación en ramas del poder público ante la realidad del poder supremo de la Corte.³⁵

Todo lo cual contrasta con lo que la misma Corte Constitucional ha puntualizado en otros fallos al pronunciarse sobre el significado de la *separación de poderes*, la función del Congreso nacional en lo que concierne al *gasto público* y el radio de acción que le compete al juez. Basta traer al texto, al respecto, la sentencia número SU-111 de 1997 (ponente el Magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ), en la cual la Corporación hizo énfasis en lo que representa el *principio democrático* en estas materias y en el extremo del “*Estado judicial totalitario*” a que puede conducir una estructura jurídico política que se apoye exclusivamente en las sentencias de los jueces. Dijo la Corte, en lo pertinente:

“Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtir para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial.

Lo anterior no le resta fuerza jurídica a esta categoría de derechos, dado que el legislador, independientemente de su ideología y de las mayorías políticas, está vinculado por el mandato del Estado social de derecho, así éste último admita desarrollos y modulaciones distintas según los tiempos y las posibilidades materiales de la sociedad. Por el contrario, la politización forzosa del tema de las prestaciones materiales a cargo del Estado, amplía el horizonte del debate democrático. La decisión sobre la financiación del gasto público y su destinación, debe respetar el cauce trazado por el principio democrático. Se trata de aspectos esenciales de la vida social cuya solución no puede confiarse a cuerpos administrativos o judiciales carentes de responsabilidades políticas y que no cuentan con los elementos cognoscitivos necesarios para adoptar posiciones que tienen efecto global y que no pueden asumirse desde una perspectiva distinta.

³⁵ Véase, al respecto, a GASPAR CABALLERO SIERRA, Corte Constitucional y legislador: contrarios o complementarios, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, págs 03 a 102.

Particularmente, en el caso del juez, la realidad del proceso le ofrece una verdad circunscrita a un caso concreto. Al margen de la ley, la justicia económica y social que innovadoramente aplique el juez y que se traduzca en prestaciones materiales a cargo del Estado, no podrá amparar a todos los que se encuentran en la misma situación del actor y, en todo caso, desconocerá siempre su costo final y las posibilidades de sufragarlo. La justicia material singular que afecta el principio de igualdad, dentro de una visión general, y que, por otra parte, soslaya el principio democrático y pretermite los canales de responsabilidad política dentro del Estado, no es exactamente la que auspicia el Estado social de derecho ni la que va a la postre a establecerlo sobre una base segura y permanente. La función de reparto y distribución de bienes, que se traducen en gasto público, en una sociedad democrática, originariamente corresponde al resorte del legislador, de cuyas decisiones básicas naturalmente se nutren las consiguientes competencias administrativas y judiciales.

La justicia social y económica, que se logra gracias a la progresiva e intensiva ejecución de los derechos económicos, sociales y culturales, se reivindica y se lucha en el foro político. La dimensión del Estado social de derecho, en cada momento histórico, en cierta medida, es una variable de la participación ciudadana y de su deseo positivo de contribuir al fisco y exigir del Estado la prestación de determinados servicios.

No puede olvidarse que el Estado servicial corresponde a la misma comunidad políticamente organizada que decide atender y gestionar materialmente ciertos órdenes de la vida colectiva, para lo cual sus miembros conscientemente deben asumir las cargas respectivas y la función de control y fiscalización. El Estado social de derecho que para su construcción prescinda del proceso democrático y que se apoye exclusivamente sobre las sentencias de los jueces que ordenan prestaciones, sin fundamento legal y presupuestal, no tarda en convertirse en Estado judicial totalitario y en extirpar toda función a los otros órganos del Estado y a los ciudadanos mismos como dueños y responsables de su propio destino.”

En entornos como el que fluye de los comentados fallos surgen interrogantes inevitables: ¿Cuál es el límite que demarca los cauces del llamado *activismo judicial* que se ha hecho evidente entre nosotros con la labor de la Corte Constitucional? ¿Hasta qué punto resulta admisible la supremacía de un tribunal constitucional habilitado no solo para retirar del ordenamiento las leyes, emanadas del Parlamento, que considere contrarias a la Constitución sino, además, para crear *derecho positivo* en aras de preservar el *derecho legislado* según lo que en su criterio impone la Constitución? ¿Se preservan verdaderamente el principio liberal de la *separación en ramas del poder público* y los *pesos y contrapesos* que le dan sentido si, a la postre, a la Corte Constitucional le corresponde el poder de decisión en última instancia sobre todo lo que a su juicio tiene que ver con la

guarda de la integridad de la Constitución? ¿Coincide con los paradigmas de la democracia esa subordinación de todos los asociados y de los órganos y funcionarios de elección popular a lo que a bien tenga decidir un cuerpo de magistrados en cuya elección no participa el pueblo, o al menos no de manera directa? ¿Tiene sentido esa supremacía si, en muchas ocasiones, las grandes decisiones de los magistrados, sobre temas cruciales para el país, son divididas y se amparan, en últimas, en el imperio de la *mayoría*? ¿Qué decir cuando el fallo lo profiere una Sala de tres magistrados, como ocurre con las revisiones de sentencias de tutela? ¿Es razonable, en el marco de la *democracia*, afirmar y consolidar el poder de la Corte Constitucional a partir del desprestigio del Congreso, no obstante que éste último es el órgano de representación popular típico de los regímenes liberales? ¿Se justifica que todo el país dependa, a la postre, de la buena voluntad y el criterio, ineludiblemente humano, y por tanto perfectible y susceptible de errores, de un reducido número de personas que dictaminan sobre los más variados aspectos de la vida pública, la justicia y el bienestar colectivo a nombre de la Constitución? ¿Es conveniente para el Estado social de derecho que los *derechos fundamentales* susceptibles de tutela sean, a la postre, los que consideren como tales los magistrados de la Corte, según su leal saber y entender y no los que taxativamente dispongan la Constitución Política y los tratados y convenios internacionales? ¿Qué hacer cuando el cumplimiento de los fallos de la Corporación tenga implicaciones de tal magnitud en las finanzas públicas que pongan en peligro la viabilidad financiera del Estado? ¿Es de recibo que mediante una decisión de tutela o una sentencia de inconstitucionalidad la Corte intervenga en la ordenación del gasto público, más allá del tradicional poder de la Rama Ejecutiva de determinar año a año, para cada vigencia presupuestal y como parte del complejo proceso de la ley de presupuesto, el gasto susceptible de ejecutar según la disponibilidad de recursos con que cuente el ente público?

Alrededor de interrogantes como esos han surgido, en el mundo y en Colombia, cuestionamientos que transitan de la reflexión en torno a posibles reglas que limiten el poder de la Corte Constitucional hasta la propia propuesta de la eliminación del sistema de control judicial de constitucionalidad o la drástica reducción de sus alcances. Propuesta que no comparte el autor de esta obra pero que, bueno es advertirlo, cuenta con el respaldo de autorizados teóricos del derecho que se han pronunciado en contra de las Cartas de Derechos y del poder subordinante de los jueces constitucionales. Para confirmarlo, nada mejor, a manera de ejemplo, que traer al texto el siguiente aparte de la obra de JEREMY WALDRON, profesor neozelandés de la Universidad de Columbia, intitulada *Derecho y desacuerdos*, en la cual, a partir de la obra de JOHN LOCKE, se reivindican la función y la supremacía de la Rama Legislativa del poder público, en lugar de la hegemonía de un cuerpo de magistrados:

“En teoría esta función (la de resolver sobre los desacuerdos que se presenten en torno a los derechos naturales) podría ser realizada por una junta de nueve hombres vestidos con togas negras y rodeados de letrados. Ellos podrían ser los que deliberaran, juzgaran y votaran sobre estas cuestiones. El argumento de LOCKE aquí es más o menos el mismo que el de HOBBS: cualquiera que sea el poder supremo, es, en efecto, el legislativo. Pero LOCKE lo dice de manera más cuidadosa y democrática que HOBBS. Su posición parece ser que, si tenemos controversias acerca del derecho natural, es importante que las resuelva una asamblea representativa. LOCKE piensa que la institución que, por su carácter representativo, incorpora nuestra influencia mutua, nuestra conexión mutua y nuestro sentimiento unísono sea también la que decida sobre nuestros desacuerdos sobre la justicia, los derechos, el bien común y el derecho natural. La institución que comprende a nuestros representantes y la institución que resuelve nuestras diferencias últimas sobre principios morales debería ser la misma. Al combinar estas funciones el Parlamento incorpora nuestra virtud deliberativa y nuestro sentido de responsabilidad mutua. Como afirma LOCKE, se trata del Alma que proporciona la forma, la vida y la unidad de la república y esta es la razón por la que un ataque a la integridad o posición del Parlamento (desde dentro o desde fuera de sus filas) supone el ataque más nefasto a la esencia y unión de la sociedad”.³⁶

“(…) Me parece de la máxima importancia tener presente, primero, que las cuestiones sobre derechos son complejas desde todos los puntos de vista (especialmente desde los *nuestros*) y, en segundo lugar, que hay cuestiones sobre las que existen desacuerdos también entre aquellos que comprenden esas complejidades e incluso en las circunstancias más propicias para el pensamiento y la deliberación irrestricta entre los mejores intelectos de nuestra sociedad. Si tenemos presente todo esto, estaremos mejor equipados para ocuparnos de la pregunta institucional: ¿Quién decidirá qué derechos tenemos cuando todos estemos en desacuerdo?. Y seremos entonces capaces de enfocar la cuestión de si debemos atribuir las cuestiones controvertidas sobre los derechos a los tribunales o al Parlamento – a una élite de hombres sabios o a los representantes del pueblo que se verá afectado por la decisión – a partir de una estructura mental filosóficamente más modesta, jurídicamente menos arrogante y políticamente menos aterrorizadora que la actual mentalidad de la constitucionalización”.³⁷

Mas no se piense, en todo caso, que solo la Corte Constitucional participa del proceso ininterrumpido de creación de derecho por medio de sus fallos. Es cierto que las consideraciones expuestas permiten reconocer en su gestión un poder

³⁶ JEREMY WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Barcelona, Marcial Pons, 2005, págs 368 y 369.

³⁷ *Ibidem*, págs 274 y 275.

autónomo que, en cierta medida, subordina a los demás poderes. Pero también lo es, y así pretende demostrarlo este ensayo, que los restantes jueces y operadores del derecho, en general, crean derecho en la misma medida que interpretan las normas y los hechos y, al hacerlo, contribuyen a un dinamismo ininterrumpido de lo jurídico que permita una apreciación siempre actual de las normas.

El precepto constitucional colombiano según el cual “los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”, no puede entenderse con el estrecho criterio de que están maniatados por la ley, amordazados por las normas y sometidos al rigor de una lógica formal infranqueable que descarte cualquier tipo de creación jurídica. No pueden desconocer ni modificar las leyes porque, de ser así, desconocerían el nuevo paradigma del Estado constitucional y desquiciarían la estructura liberal de la separación y colaboración de poderes. Pero sí tienen que interpretarlas a la luz de la equidad y los principios generales y en función del verdadero significado de los hechos cuyo alcance jurídico tienen que definir.

Sin perjuicio de la *plenitud hermética del derecho*, y justamente en pro de la misma, los jueces tienen que resolver siempre las controversias puestas a su conocimiento y superar las contradicciones y vacíos que registre el ordenamiento para hallar las normas aplicables. Cabe afirmar, con RECASÉNS SICHES, que “la obra del juez, o del órgano jurisdiccional administrativo, contiene siempre una función creadora de derecho, en mayor o menor grado según los diversos tipos de casos, incluso cuando esa obra se apoya en una norma general claramente expresada en una ley, que sin duda está vigente, y cuyo sentido se presenta con inequívoca realidad”³⁸. Y muy oportuno resulta reflexionar sobre la realidad o la utopía del paradigma que propone el exmagistrado del Tribunal Constitucional italiano GUSTAVO ZAGREBELSKY sobre la “independencia de sí mismos” que ha de imperar en la actividad de los jueces constitucionales ¿Es realmente posible que su investidura de jueces los oriente para hacer caso omiso de sus convicciones y sus creencias cuando ejercen la jurisdicción? ¿Acaso sus fallos no son en definitiva nada diferente a una expresión más, por sublime que sea, de su dimensión humana?³⁹

Y como además de los jueces todos los agentes y operadores del derecho concurren en ese ininterrumpido proceso de creación, es indispensable que las

³⁸ LUIS RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Edit. Porrúa, 1980, pág. 213.

³⁹ ZAGREBELSKY aboga, con profunda convicción, por la “independencia del juez respecto de sí mismo”. Pero lo cierto es que su racionalidad y su esencia humanitaria no permiten tal extrañamiento respecto de las creencias y posiciones personales cuando se profiera la sentencia; menos aún cuando estamos en el marco de los juicios de inconstitucionalidad o de tutela. Véase el precioso texto del jurista italiano, escrito a partir de su experiencia como juez constitucional, intitulado *Principio y votos — El Tribunal Constitucional y la política*, traducción de MANUEL MARTÍNEZ NEIRA, Madrid, Trotta, 2008, págs. 79 a 88.

facultades de jurisprudencia se ocupen más por la formación que por la información de los estudiantes de leyes⁴⁰.

La crítica de WALDRON sobre el control judicial de constitucionalidad y su discurso en pro de la reivindicación de las funciones y del papel del Parlamento deben ser evaluadas en un contexto más amplio que ese extienda, en general, a la actividad judicial y la aplicación del derecho y no únicamente a las causas constitucionales. Sus conclusiones y su pesimismo sobre el juez constitucional y la Carta de Derechos son extremas y no resultan admisibles para entornos en los cuales la constante violación de los derechos fundamentales y del orden jurídico reclama una protección efectiva e inmediata mediante mecanismos expeditos que hallan su mayor respaldo en un tribunal constitucional que cumpla esa función. Pero sí pueden contribuir, sin duda alguna, como importante elemento de juicio para las evaluaciones que suelen reclamarse en Colombia, como en buena parte de los países que cuentan con un tribunal encargado del control constitucional, sobre las reglas y condiciones para la elección de los magistrados y el cumplimiento de sus funciones. Acaso esa reflexión conduzca a concluir que es un acierto, en nuestro ordenamiento, que sea el Senado de la República, un típico órgano de representación popular, el encargado de elegir a los magistrados de la Corte con fundamento en sendas ternas que le presenten el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (art 239 de la Constitución Política). En España, de los doce magistrados del Tribunal Constitucional que designa el Rey, cuatro son propuestos por el Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado⁴¹; en Alemania, los dieciséis magistrados de la Corte Constitucional Federal son elegidos por los dos cuerpos legislativos federales (el Bundestag y el Bundersrat)⁴²; en Francia, tres de los nueve miembros del Consejo Constitucional son nombrados por el Congreso de Diputados y tres por el Senado⁴³; en Austria, de los veinte miembros del Tribunal Constitucional (seis de ellos suplentes), seis miembros y tres suplentes son designados por el Presidente Federal a propuesta del Consejo Nacional para tres miembros y dos suplentes y del Consejo Federal para tres miembros y un suplente⁴⁴; En Italia, de los quince

⁴⁰ En ese sentido, el autor de esta obra coincide con los planteamientos de EDUARDO LAVERDE TOSCAZO (q.e.p.d), cuya ponencia sobre la interpretación del derecho, para las XXI Jornadas Colombianas de Derecho Tributario se unió a la constante preocupación por la formación de los juristas que siempre caracterizó al inolvidable tributarista colombiano.

⁴¹ Cfr www.tribunalconstitucional.es, consulta del 28 de agosto de 2008.

⁴² Cfr www.bundesverfassungsgericht.de, consulta del 28 de agosto de 2008.

⁴³ Cfr www.conseil-constitutionnel.fr, consulta del 28 de agosto de 2008.

⁴⁴ Cfr art 147 de la Constitución de Austria, en FRANCISCO RUBIO LLORENTE y MARIANO DARANAS PELÁEZ, *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, Ariel, 1997, págs 97 y 98.

miembros del Tribunal Constitucional, cinco son elegidos por el Parlamento⁴⁵; en Ecuador, los nueve vocales del Tribunal Constitucional son designados por el Congreso Nacional⁴⁶; En Bolivia, los cinco magistrados del Tribunal Constitucional son designados por el Congreso Nacional⁴⁷; y en Perú, para proponer un último ejemplo, los siete miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República.⁴⁸

3. EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL COMO UNA DECLARACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL FRUTO DE LA CUAL INTERVIENE EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS -COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL QUE DECLARÓ EL “ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL” POR LA SITUACIÓN DE LOS DESPLAZADOS EN COLOMBIA (SENTENCIA NÚMERO T - 025 DE 2004)

Mediante la sentencia número T-025, del 22 de enero de 2004 (Magistrado Ponente MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA), la Corte declaró el “*estado de cosas inconstitucional*” por la situación de la *población desplazada por la violencia*, con ocasión de ciento siete (107) expedientes relacionados con tutelas interpuestas por cerca de mil ciento cincuenta (1150) núcleos familiares.

Como precedentes que a la postre culminaron en esa declaratoria, la Corte recuerda, en la sentencia, que en ocasiones anteriores se había referido al drama del *desplazamiento* como “*un problema de humanidad*”, “*un estado de emergencia social*”, una “*tragedia nacional*” y “*un serio peligro para la sociedad colombiana*”.

Ya en siete oportunidades anteriores, como se comenta en el Capítulo I de la obra, la Corporación se pronunció sobre casos en los cuales se configuraban, a su juicio, los presupuestos para declarar el *estado de cosas inconstitucional*,

⁴⁵ Cfr art 135 de la Constitución de Italia, ibidem, pág 362.

⁴⁶ Cfr art 275 de la Constitución de Ecuador. En la postulación de los candidatos intervienen el Presidente de la República, la Corte Suprema, los alcaldes y prefectos provinciales, las centrales de trabajadores y organizaciones indígenas y campesinas y las cámaras de la producción. Véase CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Constitución Política de la República del Ecuador, Quito, 2003, págs 74 y 75.

⁴⁷ Cfr art 119 de la Constitución, en FERNANDO SERRANO TORRICO, Constitución Política del Estado, Cochabamba, Editorial Serrano, 1995, pág 67.

⁴⁸ Cfr art 201 de la Constitución, en CÉSAR LANDA ARROYO y ANA VELASCO LOZADA, Constitución Política del Perú, Lima, Pontificia Universidad Católica, 1993, págs 104 y 105.

con la inmediata consecuencia de la participación activa e imperante de la Corte en la conformación y ejecución de las políticas públicas en lo que toca con las temáticas materia de sus decisiones.

Pero indudablemente, por la trascendencia del problema que agobia a nuestra patria y el alcance del fallo, cuyos beneficiarios pueden oscilar entre tres y cinco millones de personas, la sentencia número T-025, citada, representa un hecho histórico, de grandes implicaciones, que invita a la reflexión sobre los límites del juez constitucional y la armonía de sus fallos con el *equilibrio* y la *separación de poderes* que informan a nuestro sistema democrático.

Es claro que la función de velar por el cabal e integral acatamiento de la Constitución Política, que le incumbe a la Corte Constitucional, debe reparar en que Colombia es un *Estado social* que declara y protege una serie de derechos y garantías fundamentales que no pueden quedar como letra muerta, ni en todo ni en parte, sino que suponen una decidida acción del Estado para que se respeten en forma oportuna y completa.

Como es conocido, al respecto, que la Carta Política de 1991, en buena parte como consecuencia de su declarado compromiso con el *Estado social*, incrementó de manera notoria el *gasto público* e indujo, en tal sentido, a una presión presupuestal que se evidencia en las cifras de la *hacienda pública* anteriores y posteriores a la promulgación de la nueva Constitución.

Sabido es, por otra parte, que el artículo 86 de la Carta consagra la *acción de tutela* como instrumento fundamental del *Estado social* para que los asociados puedan hacer valer sus derechos fundamentales cuando quiera que sean o puedan llegar a ser vulnerados. Y sería necio desconocer la trascendencia que la tutela ha representado en la práctica para la población vulnerable en Colombia y la encomiable labor que al respecto ha cumplido la Corte Constitucional, por medio de una jurisprudencia de hondo contenido social que ha procurado impedir la arbitrariedad y la indolencia de las entidades comprometidas con el acatamiento de esos derechos.

Mas lo que corresponde tratar en esta sección es la posibilidad de que la misma Corte, al amparo de su función como guardiana de la Constitución, se arroge la facultad de declarar el *estado de cosas inconstitucional* y, por esa vía, trascienda el alcance individual de la tutela para devenir en partícipe dominante e imperativa en las políticas públicas que, por su naturaleza y sus alcances, les corresponde fijar a otros órganos y, en especial, a la *rama ejecutiva del poder público*. Las preguntas sobre el particular surgen, de modo inevitable: ¿Es admisible que el cauce de las políticas públicas lo determine un órgano que, según nuestra Carta Política, cumple funciones jurisdiccionales?; ¿Está en condiciones la Cor-

te, al pronunciarse en tal sentido, para fijar pautas que trascienden en mucho la especialidad jurídica de sus magistrados y se adentran en complejas materias económicas, sociológicas, sanitarias, de finanzas públicas y tantas otras que suelen concurrir en situaciones como las que han dado lugar a esta clase de pronunciamientos?; ¿Qué grado de certeza ofrecen para los destinatarios de las órdenes de la Corte los fallos que declaran el *estado de cosas inconstitucional* y delimitan y orientan en determinado sentido las políticas públicas que inciden sobre los *derechos fundamentales* vulnerados?; ¿Cómo evitar una proliferación de autos posteriores a la sentencia que declara el *estado de cosas inconstitucional*, de los cuales se desprende que no hay tal certeza, como ha ocurrido precisamente con la sentencia T-025 sobre desplazados?; ¿Cómo evaluar, sin relativismos ni reorientaciones, según sean las dificultades que se presenten con motivo de la ejecución de la sentencia, si los destinatarios de las órdenes las cumplen efectivamente?; ¿Cuál es el límite de la Corte tanto para la declaración en cuestión como para las órdenes que imparte a partir de la misma?; ¿Basta en estos casos la alusión al compromiso de la Corte de velar por el acatamiento pleno de la Constitución Política o sería necesaria, además, una disposición de la Carta que la habilitara para declarar el *estado de cosas inconstitucional* y obrar de conformidad?; en tal sentido, ¿serían cuestionables las sentencias que así han procedido a pesar de no mediar la norma?; ¿Cuáles pueden ser las consecuencias para los funcionarios que incumplan lo ordenado por la Corte y, en ese orden de ideas, cómo conciliar esas consecuencias con el principio “*nulla poena sine lege*” si no hay norma alguna que se refiera al *estado de cosas inconstitucional* ni a sus consecuencias?

Sea lo primero, al respecto, recordar los requisitos que, según la misma Corte, deben concurrir para que se pueda declarar el *estado* en cuestión, a los cuales se refiere la sentencia T-025 de 2004, mediante la transcripción del aparte pertinente, incluidas las notas de pie de página que le sirven de apoyo, las cuales ilustran de manera muy útil la materia: Son ellos los siguientes:⁴⁹

“(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;⁵⁰ (ii) la prolongada omisión de

⁴⁹ Se transcribe aquí el aparte de la sentencia número T-025, de 2004, que alude a los requisitos ante cuya concurrencia procede la declaratoria del “estado de cosas inconstitucional”, incluidas las notas de pie de página en las cuales la Corte se refiere a los antecedentes jurisprudenciales en que se apoya el fallo.

⁵⁰ Por ejemplo en la sentencia SU-559 de 1997, Magistrado Ponente EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, donde la Corte declaró un estado de cosas inconstitucional por la omisión de dos municipios de afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a pesar de que se hacían los descuentos respectivos de los salarios devengados para el pago de dichos aportes, al encontrar que la vulneración a muchos maestros de todo el país. Dijo la Corte: “30. De acuerdo a lo expuesto, la situación planteada por los actores tiene que examinarse desde una doble perspectiva. De una parte, se trata de un problema general que afecta a un número

las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;⁵¹ (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;⁵² (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.⁵³ (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias enti-

significativo de docentes en el país y cuyas causas se relacionan con la ejecución desordenada e irracional de la política educativa. De otra parte, la acción de tutela compromete a dos municipios que por falta de recursos no han dado cumplimiento efectivo a sus obligaciones frente a los educadores que han instaurado la acción de tutela.” Nota de pie de página incluida en la sentencia número T-025, de 2004, de la Corte Constitucional.

⁵¹ Por ejemplo, en la sentencia T-153 de 1998, Magistrado Ponente EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, que declaró el estado de cosas inconstitucional por el hacinamiento y las condiciones indignas de reclusión en las distintas cárceles colombianas, dijo la Corte: “Asimismo, como se vio en el aparte acerca del hacinamiento desde una perspectiva histórica, el fenómeno de la congestión carcelaria ha sido recurrente, e incluso han existido períodos en los que la sobrepoblación ha alcanzado grados mucho más extremos que el actual. A pesar de ello no se percibe de parte del Estado el diseño de políticas destinadas a evitar situaciones como la actual. Del análisis histórico surge la conclusión de que la actitud del Estado ante estas situaciones es siempre reactiva, es decir que solamente ha actuado en este campo cuando se encuentra en presencia de circunstancias explosivas, como la actual. En esas circunstancias ha recurrido tanto a la despenalización o la rebaja de penas, como a la construcción apurada de centros de reclusión.” Nota de pie de página de la sentencia número T-025, de 2004, de la Corte Constitucional.

⁵² Por ejemplo, en la sentencia T-068 de 1998, Magistrado Ponente ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, en la que se declaró un estado de cosas inconstitucional por la mora habitual de Caja Nacional de Previsión en resolver las peticiones presentadas por jubilados. La Corte dijo: “8. Así mismo, como se constató en la inspección judicial, la acción de tutela es prácticamente un requisito para que se resuelva la solicitud dentro del término legal, la cual genera un procedimiento administrativo paralelo que produce un desgaste del aparato judicial y una tergiversación del objetivo de la acción de tutela, lo cual afecta gravemente el interés general y el interés particular de quienes vienen siendo afectados de manera directa por la ineficiencia de la Caja Nacional de Previsión, pese a que se aprecia una superación en comparación con el caos anterior, de todas maneras tratándose de jubilados el esfuerzo estatal debe ser el máximo.”

⁵³ Por ejemplo en la sentencia T-1695 de 2000, Magistrado Ponente MARTA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, en donde la Corte declaró la continuidad del estado de cosas inconstitucional por la falta de convocatoria al concurso para el nombramiento de notarios, la Corte señala que la falta de una disposición que permitiera la convocatoria a un concurso general de méritos hacia que el estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia SU-250 de 1998, Magistrado Ponente ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, continuara. Dijo la Corte: “En este orden, cabe concluir, que si bien la convocatoria efectuada por el acuerdo N° 9 de 1999 no vulnera frente a los demás aspirantes el derecho a la igualdad de los actores para acceder al cargo de notario en los circuitos para los cuales se abrió el concurso, lo cierto es que sí restringió la igualdad de oportunidades de los aspirantes al no incluir todas las plazas notariales, en abierto desconocimiento del precepto constitucional, lo que sin duda configura una vulneración de un derecho fundamental, que persistirá en tanto no se realice un concurso de méritos en las condiciones establecidas por la Carta Política y reiteradas por la jurisprudencia constitucional. (...) Por lo anterior, y reconocida la continuidad del estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte Constitucional desde la sentencia SU-250/98, al no poner en funcionamiento la carrera notarial, que si bien se trató de subsanar por el órgano competente al convocar el concurso de méritos

dades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;⁵⁴ (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.⁵⁵

No cabe duda sobre la lamentable situación en que se encuentran los desplazados en Colombia, como lo pone de presente la simple referencia a sus derechos vulnerados de forma permanente y masiva, a los cuales alude la sentencia de la

de que trata esta providencia, el mismo no se hizo conforme a la Constitución, pues debía haber incluido todas las plazas de notario existentes en el país y garantizar no sólo las mismas oportunidades para todos los participantes, sino aplicación plena de los preceptos constitucionales. Así las cosas, el restablecimiento de los derechos fundamentales de los actores y la observancia del ordenamiento superior sólo puede producirse cuando la provisión de los cargos de notario se realice mediante la celebración de un concurso de méritos abierto y público que tenga como objeto cumplir el mandato constitucional tantas veces reseñado. Para el efecto, no basta entonces, la simple suspensión del proceso de concurso, hecho que ya se produjo, pues el estado de cosas inconstitucional persiste, lo que exige que el Consejo Superior de la Carrera Notarial, en un término razonable, convoque a un concurso general y abierto para conformar las listas de elegibles a la totalidad de los cargos de notario público en el país, tal como habrá de ordenarse en esta providencia.” Nota de pie de página incluida en la sentencia número T-025, de 2004, de la Corte Constitucional.

⁵⁴ Por ejemplo, en la sentencia T-068 de 1998, Magistrado Ponente ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, la Corte dijo: “De acuerdo con estadísticas que presenta la misma entidad demandada, durante los años 1995, 1996 y 1997 se instauraron cerca de 14.086 acciones de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión y, si se realiza un cotejo con la totalidad de expedientes de tutela que se remitieron para eventual revisión a esta Corporación en esos años (aproximadamente 94000), se observa como casi un 16% de todas la tutelas del país se dirigen contra esa entidad. Esto significa que existe un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, lo cual se considera un inconveniente general que afecta a un número significativo de personas que buscan obtener prestaciones económicas a las que consideran tener derecho.” Igualmente, en la sentencia T-153 de 1998, Magistrado Ponente EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, la Corte dijo lo siguiente: “53. En las sentencias SU-559 de 1997 (Magistrado Ponente EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ) y T-068 de 1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.” Nota de pie de página incluida en la sentencia número T-025, de 2004, de la Corte Constitucional.

⁵⁵ En la misma sentencia T-068 de 1998, se dijo: “10. Por todo lo anterior, esta Sala de Revisión concluye que la situación presentada en la entidad demandada produce un estado de cosas inconstitucional, lo cual no sólo afecta derechos individuales tendientes a viabilizar las pretensiones, a través de tutela, sino también afecta a todo el aparato jurisdiccional que se congestiona y lo afecta en la efectividad del cumplimiento oportuno de sus obligaciones.”

Corte: el *derecho a la vida en condiciones de dignidad*: los derechos de los niños, las mujeres cabeza de familia, los discapacitados y las personas de la tercera edad; el *derecho a escoger un lugar de domicilio*; los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión y la asociación; un sinnúmero de derechos económicos, sociales y culturales; el *derecho a la unidad familiar*; el *derecho a la salud*; el *derecho a la seguridad personal*; el *derecho a la integridad personal*; el *derecho a la libre circulación en el territorio nacional*; el *derecho al trabajo*; el *derecho a una alimentación mínima*; el *derecho a la educación*; el *derecho a una vivienda digna*; el *derecho a la paz*; el *derecho a la seguridad jurídica* y el *derecho a la igualdad*.

Estamos ante un flagelo lamentable, cuyas dimensiones no cuentan con una cifra cierta pero, si se acoge la metodología del promedio de los cálculos que han efectuado las entidades especializadas, pueden arribar a más de tres millones de colombianos desplazados por la violencia cuyas condiciones, en muchos casos, son de *indigencia* o *pobreza extrema*. Flagelo que, no obstante comprometer al Estado y a toda la sociedad colombiana, permanece insoluto y sin expectativas de ser superado, ni siquiera en el largo plazo.

En tal virtud, no parece discutible, sino evidente, que se cumplen en este caso los requisitos que ha previsto la Corte para que proceda la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional*. Con ese criterio, la sentencia T-025, en análisis, pone de manifiesto muchos de los deleznales extremos a que ha llegado la situación de los desplazados y repara en la necesidad imperiosa de la declaratoria, con órdenes terminantes a las entidades estatales comprometidas con su atención, en el sentido de hacer lo necesario para ponerle término. Pero es tal la magnitud del problema y son tantos los factores y variables que tienen que ver con esa *tragedia nacional*, que la Corte Constitucional ha tenido que denunciar, de manera continuada, que lo ordenado no se ha cumplido y, en no pocos casos, ha reorientado las pautas y criterios a atender en pos de su cumplimiento. De ahí los numerosos autos que ha expedido la Corporación en tal sentido y los informes que con frecuencia elabora la Procuraduría General de la Nación, generalmente para denunciar que lo dispuesto por la sentencia T-025 no se ha acatado.

Tampoco se puede negar que aun a pesar del incumplimiento a lo ordenado por la Corte y las ostensibles dificultades y dudas que han surgido en torno al sentido y los alcances de sus mandatos, la sentencia que declaró el *estado de cosas inconstitucional*, en el caso que aquí se examina, ha surtido efectos importantes en el sentido de promover una conciencia nacional e internacional sobre el problema del desplazamiento e inducir una oportuna y rigurosa gestión de vigilancia y seguimiento a la labor gubernamental, por parte de la Procuraduría General de la Nación. Los numerosos documentos de trabajo que sobre el tema se han

preparado en el seno del Estado y de la sociedad civil, incluidos por supuesto los objetivos informes de la Procuraduría y las investigaciones que han emprendido las universidades, así como la vinculación activa de las cajas de compensación y otras entidades del sector solidario para afrontar el flagelo, para citar sólo dos ejemplos, son efecto y expresión clara del fallo de la Corte.

Pero más allá de todas esas consideraciones queda el interrogante sobre la viabilidad constitucional y política de ese gran poder que para la Corte supone la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional*, en función del cual todas las autoridades estatales quedan subordinadas a sus designios por el hecho de ostentar el título de encargada de la guarda de la Constitución Política.

Al decir de la Corporación, una de las razones fundamentales para la comentada declaratoria es impedir la congestión de los despachos judiciales que se generaría por la proliferación de tutelas, si no se optara por esa medida. A lo cual agrega que debe mediar una vulneración constante de los derechos fundamentales de numerosos afectados y una deficiencia estructural que haga necesaria la concurrencia de varias entidades para superar el *estado de cosas inconstitucional*.

Pero la posibilidad de la declaratoria y los requisitos en que se apoya no obedecen a nada distinto de la construcción jurisprudencial efectuada por la misma Corte, sin norma alguna que delimite los alcances de la sentencia que a su parecer deba expedir, como no sea la garantía efectiva de los derechos fundamentales vulnerados.. Basta con que la Corte, según los presupuestos estructurados por ella misma, concluya que en determinado caso se configura el *estado de cosas inconstitucional* para que, al amparo de esa situación, quede investida de amplias facultades para impartir las instrucciones y mandatos de alcance general que crea necesarios con miras a preservar el orden constitucional. Veamos lo que sobre el particular ha considerado la Corporación en una reitrerada jurisprudencia sobre la materia que se inició en 1997:

“Se pregunta la Corte si, desde ahora, de verificarse que el comportamiento omisivo indicado viola la Constitución Política, es posible que la Corporación, en razón de sus funciones, pueda emitir una orden a las autoridades públicas competentes, con el objeto de que a la mayor brevedad adopten las medidas conducentes a fin de eliminar los factores que inciden en generar un estado de cosas que resulta abiertamente inconstitucional. La Corte considera que debe responder de manera afirmativa este interrogante, por las siguientes razones:

(1) La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines (C.P. art., 113). Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política.

(2) El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos⁵⁶.

El punto de partida, a no dudarlo, es la *acción de tutela* prevista en el artículo 86 de la Constitución Política; pero el de llegada es sorprendente porque no se trata ya de la orden individual que pueda ser impartida para un caso específico de violación de derechos fundamentales, como ocurre con la tutela, sino de mandatos generales que interfieren en la estructura misma de las políticas públicas, como expresamente lo ha reconocido la Corte al aludir a la deficiencia estructural como uno de los requisitos para que proceda la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional*. Lo cual significa que si se reúnen los demás presupuestos y hay una deficiencia de esos alcances, la Corte, en virtud del *estado de cosas en contravención a la Carta Política*, puede disponer lo que ha de hacerse para superarlo, lo que no es otra cosa que intervenir activamente en las políticas públicas.

El sustento doctrinario del *estado de cosas inconstitucional* lo ha encontrado la Corte en el tránsito de la visión de los *derechos fundamentales* como simples *derechos subjetivos*, originarios de sentencias de tutela con *efectos inter partes*, a derechos que comportan también una *dimensión objetiva* que trasciende el ámbito meramente individual para adquirir connotaciones de mayor alcance. Los *derechos fundamentales*, con ese criterio, ya no entrañan solo un imperativo de respeto por parte de las autoridades sino que las compromete con su efectiva y cabal realización. Desde ese punto de vista, el paradigma de ROBERT ALEXYY sobre los *derechos fundamentales* como verdaderos *principios* que entrañan “*mandatos de optimización*” adquiere una importancia decisiva para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en pos de una acción eficaz del Estado para que todos los asociados, y de manera especial los marginados y excluidos sociales, los ejerzan verdaderamente. Los *principios*, al decir de ALEXYY, entrañan “*mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas*”⁵⁷.

⁵⁶ Cfr., entre otras, las sentencias números SU-559 de 1997 y T-068 de 1998.

⁵⁷ Cfr. ROBERT ALEXYY, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de ERNESTO GARZON VALDEZ, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pág. 86. En el mismo sentido, véase a ROBERT ALEXYY, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, traducción de CARLOS BERNAL PULIDO, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, pág. 13 y ss..

Es sobre esas bases que en nuestra Corte Constitucional ha hecho carrera la defensa del *activismo judicial* en pos de la garantía efectiva de los *derechos fundamentales* aunque para ello se acuda, de ser necesario según las condiciones y requisitos expuestos, a la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional* y a las órdenes de alcance general que, en el marco de la misma, imparta la Corporación a las más variadas autoridades del Estado, como ocurre con la sentencia materia de este epílogo y con la treintena de autos que ha proferido, entre 2004 y 2008, para procurar su cumplimiento. Un instrumento que, según lo han entendido sus Magistrados, habilita a la Corte para obrar como titular de las más altas atribuciones que le correspondan a un estadista. Los siguientes planteamientos de la doctora CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ así lo ponen de manifiesto al describir el rol que, a su parecer, debe cumplir el juez constitucional en el *Estado social de derecho*:

*“un juez constitucional mucho más activo socialmente, más comprometido en la búsqueda de soluciones profundas a los problemas que padece nuestro Estado y que repercuten en el disfrute cotidiano de los derechos fundamentales de los asociados. En definitiva, un juez constitucional que no se limita a impartir justicia para casos particulares, mediante una sentencia que tiene efectos de cosa juzgada inter partes, sino que asume una verdadera dimensión de estadista, erigiéndose en un agente de cambio, adoptando decisiones de gran calado que trascienden la esfera de lo particular, cuya ejecución compromete la acción coordinada de diferentes autoridades públicas, y cuyo fin último es servir de catalizador a la actividad administrativa del Estado, a fin de modificar una realidad social intolerable y contradictoria a los principios que informan al Estado social del derecho” (la subraya no es del texto)*⁵⁸.

⁵⁸ CLARA INES VARGAS HERNADEZ, La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado “estado de cosas inconstitucional”, en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca número 1, año 1, pág. 201 a 228, Santiago de Chile, 2003. En ese ensayo, escrito y publicado mientras la autora ejercía como magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, se advierte, por otra parte, que la jurisprudencia constitucional de nuestro país sobre el estado de cosas inconstitucional se apoya en la tesis de ROBERT ALEXY acerca de derechos fundamentales como mandatos de optimización. Sobre el particular puede observarse también el excelente trabajo intitulado “El desplazamiento forzado en Colombia, un estado de cosas inconstitucional”, del GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHOS HUMANOS de la FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DEL COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO, trabajo que culminará en un libro, inédito en la fecha en que se escribió esta nota, bajo el auspicio del INSTITUTO ROSARISTA DE ACCIÓN SOCIAL RAFAEL ARENAS ÁNGEL “SERES”. Y son de mencionar, por último, los entusiastas términos con que se refiere a la comentada creación jurisprudencial de la Corte colombiana MANUEL FERNANDO QUINCHE en un entorno de respaldo al activismo de la Corporación en esta materia: “Una opción que además de novedosa, puede resultar eficaz dentro de un país en que las cansadas fórmu-

Nada mejor, para confirmar cuanto se acaba de expresar, que traer al texto las órdenes impartidas por la Corporación en la sentencia número T-025 de 2004, que aquí se examina, precedidos de la declaratoria del “*estado de cosas inconstitucional*”. Dispuso la Corte, en lo pertinente:

“PRIMERO.- DECLARAR la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado.

SEGUNDO.- COMUNICAR, por medio de la Secretaría General, dicho estado de cosas inconstitucional al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, para que dentro de la órbita de su competencia y en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales verifique la magnitud de esta discordancia y diseñe e implemente un plan de acción para superarla dando especial prioridad a la ayuda humanitaria dentro de los plazos que a continuación se indican:

a. A más tardar el 31 de marzo de 2004, el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia habrá de (i) precisar la situación actual de la población desplazada inscrita en el Sistema Único de Registro, determinando su número, ubicación, necesidades y derechos según la etapa de la política correspondiente; (ii) fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados; (iii) definir el porcentaje de participación en la apropiación de recursos que corresponde a la Nación, a las entidades territoriales y a la cooperación internacional; (iv) indicar el mecanismo de consecución de tales recursos, y (v) prever un plan de contingencia para el evento en que los recursos provenientes de las entidades territoriales y de la cooperación internacional no lleguen en la oportunidad y en la cuantía presupuestadas, a fin de que tales faltantes sean compensados con otros medios de financiación.

las del provincialismo jurídico han mostrado el límite de su eficacia” (cfr QUINCHE, Vías de hecho – Acción de tutela contra providencias, Bogotá, Grupo Editorial Huella de la Ley, 2001, pág 39). Lo cierto, en todo caso, es que la reflexión crítica sobre el sentido, la justificación, las condiciones y los alcances del llamado estado de cosas inconstitucional es indispensable en Colombia.

b. Dentro del año siguiente a la comunicación de la presente sentencia, el Director de la Red de Solidaridad Social, los Ministros de Hacienda y Crédito Público y del Interior y de Justicia, así como el Director del Departamento Nacional de Planeación y los demás miembros del Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, realizarán todos los esfuerzos necesarios para asegurar que la meta presupuestal por ellos fijada se logre. Si dentro del lapso de ese año, o antes, resulta evidente que no es posible asignar el volumen de recursos establecido, deberán (i) redefinir las prioridades de esa política y (ii) diseñar las modificaciones que será necesario introducir a la política estatal de atención a la población desplazada. En todo caso, para la adopción de estas decisiones, deberá asegurarse el goce efectivo de los mínimos de los cuales depende el ejercicio del derecho a la vida en condiciones de dignidad, señalado en la sección 9 de esta sentencia.

c. Ofrecer a las organizaciones que representan a la población desplazada oportunidades para participar de manera efectiva en la adopción de las decisiones que se tomen con el fin de superar el estado de cosas inconstitucional e informarles mensualmente de los avances alcanzados.

TERCERO – COMUNICAR, por medio de la Secretaría General, el estado de cosas inconstitucional al Ministro del Interior y de la Justicia, para que promueva que los gobernadores y alcaldes a que se refiere el artículo 7º de la Ley 387 de 1997, adopten las decisiones necesarias para asegurar que exista coherencia entre las obligaciones, constitucional y legalmente definidas, de atención a la población desplazada a cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos que debe destinar para proteger efectivamente sus derechos constitucionales. En la adopción de tales decisiones ofrecerán oportunidades suficientes de participación efectiva a las organizaciones que representen los intereses de la población desplazada. Las decisiones adoptadas serán comunicadas al Consejo Nacional a más tardar el 31 de marzo de 2004.

CUARTO - ORDENAR al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia que dentro de los 3 meses siguientes a la comunicación de la presente sentencia, adopte un programa de acción, con un cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias en la capacidad institucional, por lo menos, en lo que respecta a las que fueron expuestas en los informes aportados al presente proceso y resumidas en el apartado 6 y el Anexo 5 de esta sentencia.

QUINTO.- ORDENAR al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, que en un plazo máximo de 6 meses, contados a

partir de la comunicación de la presente sentencia, concluya las acciones encaminadas a que todos los desplazados gocen efectivamente del mínimo de protección de sus derechos a que se hizo referencia en el apartado 9 de esta sentencia.

SEXTO.- COMUNICAR, por Secretaría General, la presente sentencia al Ministro de Hacienda y Crédito Público, y al Director del Departamento Nacional de Planeación, para lo de su competencia.

SEPTIMO. -COMUNICAR, por Secretaría General, la presente sentencia a la Ministra de Relaciones Exteriores, para lo de su competencia.

OCTAVO.- PREVENIR a todas las autoridades nacionales y territoriales responsables de la atención a la población desplazada en cada uno de sus componentes, que en lo sucesivo se abstengan de incorporar la interposición de la acción de tutela como requisito para acceder a cualquiera de los beneficios definidos en la ley. Tales servidores públicos deberán atender oportuna y eficazmente las peticiones, en los términos de la orden décima de esta sentencia.

NOVENO.- Comunicar la presente sentencia al Director de la Red de Solidaridad Social para lo de su competencia y **ORDENARLE** que instruya a las personas encargadas de atender a los desplazados, para que les informen de manera inmediata, clara y precisa la *carta de derechos básicos* de toda persona que ha sido víctima de desplazamiento forzado interno señalada en el apartado 10.1.4. de esta sentencia y establezca mecanismos para verificar que ello realmente suceda.

DÉCIMO.- En relación con las órdenes puntuales para el otorgamiento de las ayudas previstas en los programas de vivienda y de restablecimiento socioeconómico, la Red de Solidaridad Social, el Inurbe o quien haga sus veces, FUDUIFI o quien haga sus veces, INCORA o quien haga sus veces, así como las entidades encargadas de estos programas a nivel departamental y municipal, deberán contestar de fondo, de manera clara y precisa las peticiones presentadas por los actores en el presente proceso, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- 1) incorporar la solicitud en la lista de desplazados peticionarios;
- 2) Informar al peticionario dentro del término de 15 días el tiempo máximo dentro del cual le dará respuesta a la solicitud;
- 3) Informar al peticionario dentro del término de 15 días si la solicitud cumple con los requisitos para su trámite, y en caso contrario, indicarle

claramente cómo puede corregirla para que pueda acceder a los programas de ayuda;

4) Si la solicitud cumple con los requisitos, pero no existe la disponibilidad presupuestal, adelantará los trámites necesarios para obtener los recursos, determinará las prioridades y el orden en que las resolverá;

5) Si la solicitud cumple con los requisitos y existe disponibilidad presupuestal suficiente, la informará cuándo se hará efectivo el beneficio y el procedimiento se seguirá para que lo reciba efectivamente.

6) En todo caso, deberá abstenerse de exigir un fallo de tutela para cumplir sus deberes legales y respetar los derechos fundamentales de los desplazados.

(...) DÉCIMO OCTAVO.- COMUNICAR la presente decisión al señor Defensor del Pueblo para que directamente o a través de su delegado, efectúe un seguimiento de la manera como se de cumplimiento a las órdenes contenidas en los numerales anteriores y si lo considera del caso, informe a la opinión sobre los avances y las dificultades encontradas.

(...) VIGÉSIMO.- COMUNICAR la presente decisión al Defensor del Pueblo dentro de la órbita de sus competencias, haga un seguimiento del cumplimiento del presente fallo.

VIGÉSIMO PRIMERO.- COMUNICAR la presente decisión al Procurador General de la Nación, para que, dentro de la órbita de sus competencias, haga un seguimiento del cumplimiento del presente fallo y vigile la actuación de las autoridades.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- INFORMAR al Director de la Red de Solidaridad Social que sin perjuicio que los términos para dar cumplimiento a las órdenes relativas al expediente T-653010 y sus acumulados se cuenten a partir de la notificación de la sentencia, podrá adelantar todas las acciones que considere necesarias para agilizar el cumplimiento del presente fallo.”

Como se observa, la sentencia de la Corte trasciende, de modo ostensible, el alcance individual y específico de las órdenes que son propias de la tutela y se acerca, en mucho, a un *manual* o *circular de instrucciones*, en su mayoría atinentes a la *rama ejecutiva del poder público*, con órdenes típicas de un jefe o superior jerárquico encaminadas a la armonía en el desarrollo de las competencias funcionales de sus subalternos: que se adopten políticas coherentes y eficientes para atender a los desplazados y garantizarles sus derechos; que se realicen las apropiaciones presupuestales necesarias para hacer posible su ejecución; que se haga seguimiento sobre el cumplimiento de metas; o que se rediseñen políticas y planes de acción cuando quiera que las metas no resulten viables.

Naturalmente, como ocurre con todo *manual de instrucciones* de estas características, muchos de sus mandatos requieren desarrollo posterior o precisiones que se hacen necesarias con ocasión del cumplimiento cotidiano de las funciones correspondientes, lo cual explica el creciente número de autos (treinta en total, hasta julio de 2008) que ha tenido que proferir la Corte en pos de lograr el cumplimiento de la sentencia. Y es también inevitable que surjan dudas e inquietudes sobre el cabal acatamiento de lo ordenado, las cuales en muchos casos envuelven un alto grado de subjetividad: Vgr, que las políticas y metas sean adecuadas o que las partidas presupuestales sean suficientes para que los desplazados puedan disfrutar de la totalidad de sus derechos lo cual, por supuesto, obra como otra causa explicativa de los numerosos autos que ha venido profiriendo la Corporación en el marco de la sentencia.

He ahí las consecuencias del ejercicio de una competencia que no está reglada, como es la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional*. No se trata de cuestionar el cumplimiento de la indispensable función de la Corte de velar por la vigencia efectiva de la Carta Política ni de actuar, de modo decidido, como lo ha hecho en muchas ocasiones y con indudable acierto, en pos de la verdadera eficacia de los *derechos fundamentales* y en defensa de los marginados sociales. Tampoco es del caso cuestionar la afortunada evolución del alcance meramente subjetivo de los *derechos fundamentales* a su dimensión objetiva ni, por supuesto, el deber del juez constitucional de velar porque en el entorno del Estado sea claro que tales derechos albergan los *principios y mandatos de optimización* que dice ALEXY. Lo que se pretende es reparar en que esa función no se puede traducir en el desplazamiento, así sea temporal o parcial, de otras ramas del poder público, porque se desquician sus alcances y se pierde su horizonte.

Si dentro de las facultades de la Corporación debe estar la de declarar el “*estado de cosas inconstitucional*” para garantizar en el mayor grado posible el respeto de los *derechos fundamentales* de los asociados, como lo cree el autor de esta obra, así deben preverlo la Carta Política y sus desarrollos legislativos, con reglas claras y precisas sobre las condiciones en que procede esa declaratoria, los poderes que asume la Corte durante su vigencia, los límites y condiciones que han de orientar su ejercicio y las consecuencias que se deriven del incumplimiento de lo que disponga la sentencia correspondiente. Con motivo de la reforma que ello implicaría, la democracia contaría con la posibilidad del debate profundo que tan significativa medida supone, con la participación de las diferentes ramas del poder público y, por supuesto, de la colectividad en general. Pero en ausencia de esa norma, la comentada declaratoria depende únicamente de lo que a su leal saber y entender considere la Corte, como hoy ocurre en Colombia, y tendrían cabida todas las inquietudes que aquí se ha planteado, siempre alrededor de lo que para el principio de *separación de poderes* conlleva al ejercicio de las atribuciones que supone el *estado de cosas inconstitucional*, por parte de la Corporación.

Es inadmisibles que las entidades estatales institucionalicen la tutela como parte del trámite que han de seguir los interesados para hacer valer sus derechos. Acierta la Corte Constitucional de Colombia, sin la menor duda, al cuestionar esa deleznable práctica. La ley debería contemplar penas ejemplares para los responsables.

También es lamentable que sea cosa común, en entornos como el nuestro, que el Estado no cumpla verdaderamente con su deber de hacer efectivos los derechos de los asociados y, en especial, de la población vulnerable. Bien puede decirse, sin exageraciones, que en ese aspecto las acciones y omisiones del Estado en Colombia envuelven un *estado de cosas inconstitucional* que tiene las más dramáticas expresiones: un gran número de colombianos sin seguridad social y sin atención en salud, varios miles de niños combatientes en el marco del conflicto, más de siete millones de personas agobiadas por la *pobreza extrema*, no menos de cuatro millones de desplazados que no gozan, en absoluto, de sus derechos fundamentales, cerca de un millón y medio de niños sin educación primaria, más de cuatro millones de desempleados, una educación superior de punta que solo es posible para menos del diez por ciento de la población, niveles dolorosos de prostitución, con cerca de treinta y cinco mil niños trabajadores sexuales en Bogotá, hacinamiento carcelario y ausencia de seguridad social para los reclusos, dos mil cuatrocientos propietarios del 53, 5 por ciento de la tierra en contraste con un millón trescientos mil propietarios del 17% y tantas otras falencias que afligen a los marginados en Colombia, un país de cuarenta y cuatro millones de habitantes entre los cuales hay más de veinte millones de pobres.⁵⁹ No es difícil concluir que vivimos, en general, un *estado de cosas inconstitucional*.

Pero si uno de los instrumentos para superar esa situación es la declaratoria de que aquí se trata, como lo ha entendido con acierto la Corte Constitucional, lo que se impone es una regulación precisa y clara de su significado y sus alcances y no simplemente el criterio del mismo órgano judicial que lo declara, más allá de todo lo que ha sido su constante y decidido aporte para la protección de los derechos fundamentales. De no ser así, la pregunta es obvia: ¿Hasta dónde puede llegar el poder de la Corte en un país que en general registra un *estado de cosas inconstitucional*?

⁵⁹ Sobre el drama social que agobia a Colombia, como en general a los países de América Latina, remito al lector a MAURICIO A PLAZAS VEGA, *La cuestión social y la nueva izquierda en América Latina*, Bogotá, Temis, 2007.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXI, ROBERT: *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. de Luis Villar Borda, Santa Fe de Bogotá, 1995.

Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, traducción de CARLOS BERNAL PULIDO, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

Teoría de los derechos fundamentales, traducción de ERNESTO GARZON VALDEZ, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ÁLVAREZ ROJAS, FERNANDO: *El nuevo derecho, paradigma de comprensión y desarrollo de la Constitución de 1991*”, en *Revista de Derecho Público*, Santa Fe de Bogotá, Universidad de los Andes, 1993.

ARANGO, RODOLFO: *El concepto de derechos fundamentales*, Bogotá, Legis y Universidad Nacional de Colombia, 2005.

— *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2008.

CABALLERO SIERRA, GASPAR: *Corte Constitucional y legislador: contrarios o complementarios*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

CAHN-SPEYER WELLS, PAUL.: *Derecho: entre silogismo y contenido*, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* número 324, de diciembre de 2003.

CELOTTO, ALFONSO: *La Corte Costituzionale*, Napoli, Il Mulino, 2004.

CEPEDA ESPINOSA, MANUEL JOSÉ: *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007.

— *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis, 1997.

CLAVIJO, SERGIO: *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*, Bogotá, Alfamga, 2001.

— *Impacto económico de algunas sentencias de la Corte — El caso de la mesada pensional catorce y de las regulaciones de vivienda*, en www.banrepubblica.gov.co, consulta del 3 de septiembre de 2008.

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Quito, 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

— Sentencia número T-422, de 1992.

— Sentencia número T-594 de 1992

— Sentencia número T-219 de 1995

— Sentencia número SU-559 de 1997.

- Sentencia número SU-225 de 1998
- Sentencia número SU-250 de 1998
- Sentencia número SU-250 de 1998
- Sentencia número T-068 de 1998
- Sentencia número T-131 de 1998
- Sentencia número T-153 de 1998
- Sentencia número T-738 de 1998
- Sentencia número T-241 de 2000
- Sentencia número T-1695 de 2000
- Sentencia número T-025, de 2004
- Sentencia número T-025, de 2004.
- Sentencia número T-025, de 2004.
- Sentencia número T-025, de 2004.
- Sentencia número T-025, de 2004.
- Sentencia número T-597 de 2006
- Sentencia número SU-813 de 2007
- Sentencia número T-774 de 2007.

GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHOS HUMANOS de la FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DEL COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO, *El desplazamiento forzado en Colombia, un estado de cosas inconstitucional*, obra en proceso de edición.

LANDA ARROYO, CÉSAR y VELASCO LOZADA ANA: *Constitución Política del Perú*, Lima, Pontifica Universidad Católica, 1993.

LLERAS DE LA FUENTE, CARLOS; y TANGARIFE TORRES, MARCEL: *Constitución Política de Colombia - Origen, evolución y vigencia*, Santa Fe de Bogotá, Edición conjunta Universidad del Rosario, Universidad Javeriana y Biblioteca Jurídica Dike, 1996.

MADRID-MALO GARIZABAL, MARIO: *Derechos fundamentales*, Bogotá, eR editores, 1997 MANUEL JOSE CEPEDA E. en *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis, 1997.

MARYA MARTÍN, CARLOS y ZAGREBELSKY, GUSTAVO: *La domanda di giustizia* (Torino, Giulio Einaudi Editore, 2003).

MORELLI, SANDRA: *La Corte Constitucional: ¿un legislador complementario?*, Santa Fe de Bogotá, 1997, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Universidad Externado de Colombia, 1997,

NARANJO MESA, VLADIMIRO: *El papel de los tribunales constitucionales en el sistema político*, en *Jurisdicción Constitucional de Colombia — La Corte Constitucional 1992-2000*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Fundación Konrad Adenauer, 2001.

PAGINAS en internet:

www.bundesverfassungsgericht.de

www.conseil-constitutionnel.fr

www.tribunalconstitucional.es

www.banrepublica.gov.co

PARDO SCHLESINGER, CRISTINA: *La acción de tutela y el derecho a la salud*, en *Jurisdicción Constitucional de Colombia — La Corte Constitucional 1992-2000*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Fundación Konrad Adenauer, 2001.

PERELMAN, CHAÏM: *El imperio retórico*, trad. de Adolfo León Gómez Giraldo, Santa Fe de Bogotá, Norma, 1997.

PLAZAS VEGA, MAURICIO ALFREDO: *La cuestión social y la nueva izquierda en América Latina*, Bogotá, Temis, 2007.

— *Del realismo al trialismo jurídico*, Segunda edición, en proceso de publicación por Editorial Temis, Bogotá, 2009.

QUINCHE, MANUEL FERNANDO: *Vías de hecho — Acción de tutela contra providencias*, Bogotá, Grupo Editorial Huella de la Ley, 2001.

— *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008

RECASÉNS FICHES, LUIS: *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Edit. Porrúa, 1980.

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO y DARANAS PELÁEZ, MARIANO: *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, Ariel, 1997.

SERRANO TORRICO, FERNANDO: *Constitución Política del Estado*, Cochabamba, Editorial Serrano, 1995.

SULLIVAN, KATLEEN y GERALD, GUNTHER: *Unconstitutionality of racial segregation*, en *Constitutional law*, New York, Foundation Press, 2004.

VARGAS HERNADEZ, CLARA INÉS: *La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado “estado de cosas inconstitucional”*, en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca número 1, año 1, Santiago de Chile, 2003.

VIDAL PERDOMO, JAIME: *Derechos económicos*, texto que hace parte del libro intitulado *Jurisdicción Constitucional de Colombia — La Corte Constitucional 1992-2000*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Fundación Konrad Adenauer, 2001.

WALDRON, JEREMY: *Derecho y desacuerdos*, traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Barcelona, Marcial Pons, 2005.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO: *Principio y votos — El Tribunal Constitucional y la política*, traducción de MANUEL MARTÍNEZ NEIRA, Madrid, Trotta, 2008.