



Título: Rastros de restos serie 4

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

APROXIMACIÓN A LA DISCUSIÓN SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL: A PROPÓSITO DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL*

* La primera versión de este artículo se impartió como conferencia en el foro *Balances y perspectivas de la Constitución: 20 años*. Universidad EAFIT – Escuela de Derecho. Medellín, julio de 2011. Esta versión se inscribe en los desarrollos de la línea “Estudios sobre políticas públicas” adscrita al grupo de investigación *Estudios sobre Política y Lenguaje* (cat. A1) Departamento de Humanidades, Universidad EAFIT. Agradezco a Mario Montoya Brand, Gonzalo Ramírez Cleves y Rodolfo Arango por sugerencias concretas sobre el texto y generales sobre la problemática que se ocupa.

Fecha de recepción: septiembre 8 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 9 de 2011

APROXIMACIÓN A LA DISCUSIÓN SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL:

A PROPÓSITO DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

*Leonardo García Jaramillo***

RESUMEN

Colombia es uno de los países latinoamericanos en los cuales mayor influjo han ejercido diversas teorías jurídicas y doctrinas jurisprudenciales transnacionales, las cuales surgieron desde 1970 cuando los países europeos que salían del fascismo y, luego, de las dictaduras, transformaron radicalmente sus textos constitucionales incluyendo principios morales y derechos sociales, además de los clásicos liberales y de defensa. Dicha transformación requirió de forma casi inmediata una nueva dogmática jurídica, así como renovadas doctrinas judiciales y planteamientos teóricos que permitieran responder sólida y sistemáticamente ante los paulatinos procesos de implementación de la normativa constitucional. La riqueza del constitucionalismo colombiano se revela no sólo en la recepción de doctrinas jurisprudenciales transnacionales, sino también por aquellas que se han creado para responder a las particularidades del contexto social en el cual deben aplicarse las provisiones constitucionales. Una de las principales, sino la más, es el estado de cosas inconstitucional. Además de analizarse doctrinariamente se ejemplificará desde el caso más complejo: el desplazamiento forzado interno.

Palabras clave: desplazamiento, justicia social, activismo judicial.

APPROXIMATION TO THE DISCUSSION ABOUT PUBLIC POLITICS AND CONSTITUTIONAL JUSTICE:

SPEAKING OF STATE OF THINGS AGAINST CONSTITUTIONALITY

ABSTRACT

Without hesitation it can be argued that our country is, in Latin American juridical realm, one in which greater influence have had different legal theories and judicial doctrines that emerged, basically, in Europe since 1970 when fascism and the dictatorships collapsed. In such contexts, like Germany, Italy, Spain, and Portugal, their constitutions were radically transformed through the inclusion of fundamental and social rights, in addition to liberal and defense rights. This transformation required almost immediately a new juridical science as well as renewed both judicial doctrines and theoretical approaches to law, with which to respond solid and systematically before the gradual process of constitutional provisions enforced by judges. The richness of Colombian constitutionalism is noticeable not only because of the reception of transnational juridical theories and judicial doctrines, but also by those doctrines created to respond to the unjust and unequal social context in which must be applied those provisions. One of the main, if not the most, is the “state of things against constitutionality”. Besides of analyzed it by means of doctrine, it will be exemplified from the most complex case, namely, internally displaced persons due to rural violence.

Key words: internally displaced persons, social justice, judicial activism.

** Realiza estudios de maestría en humanidades, con énfasis en política, Universidad EAFIT, Medellín. Profesor del programa de Ciencias Políticas, del área de Derecho Público y editor de la revista de humanidades, Universidad EAFIT. Ha publicado algunos artículos y traducciones en revistas especializadas, así como capítulos de libros. Coordinó con Miguel Carbonell la edición académica de *El canon neoconstitucional*, en donde participó también como coautor y traductor.

APROXIMACIÓN A LA DISCUSIÓN SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL:

A PROPÓSITO DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

Introducción

Conjuntamente con los tribunales constitucionales de los países que entraron al constitucionalismo contemporáneo en la tercera oleada desde 1980¹, tales como Hungría, Sur África e India, pero también Corea², la Corte Constitucional colombiana se reconoce internacionalmente como alineada con causas progresistas y comprometida con el garantismo que comportan las provisiones constitucionales. Sus decisiones tendientes a controlar desbalances en el poder público y su com-

1 El neoconstitucionalismo como modelo de organización política con fuerte contenido ideológico, vocación sustantiva y con una teoría jurídica subyacente, surge en tres oleadas histórica y contextualmente verificables. La primera la constituyen los países que salieron del fascismo y el nazismo (Italia y Alemania). Una segunda oleada la integrarían los países que salieron de las dictaduras, tales como Grecia (1975), pero fundamentalmente Portugal (1976) y España (1978). Una tercera oleada, finalmente, los países que desde la década de 1980 empezaron a cambiar sus regímenes constitucionales o a introducir reformas sustanciales que incorporaban elementos de estos procesos constituyentes en Europa. En el caso de los países latinoamericanos se trata sobre todo del intento de reconstruir su orden político tras experiencias de dictaduras militares, guerras civiles o como respuesta a recurrentes crisis de legitimidad. Dicha expansión ha determinado cambios en el discurso jurídico que abonaron el terreno a la recepción de las variantes teórica, metodológica e ideológica del neoconstitucionalismo.

2 Alajos Dornbach, “Retroactivity Law Overturned in Hungary”, *East European Constitutional Review* No. 1, 1992. Spencer Zirzak, “Hungary’s Remarkable, Radical, Constitutional Court”, *Journal of Constitutional Law in Eastern and Central Europe* Vol. 3, No. 1. Margaret A. Burnham, “Cultivating a Seedling Charter: South Africa’s Court Grows its Constitution”, *Michigan Journal of Race and Law*, Vol. 3, No. 29, 1997. Vijayashri Sripathi, “Toward Fifty Years of Constitutionalism and Fundamental Rights in India”, *American University international Review*, No. 14, 1998. Brenda Crossman – Kapur Ratna, “Secularism’s Last Sigh?: The Hindu Right, the Courts, and India’s Struggle for Democracy”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 38, No. 113, 1997. Kung Yang, “The Constitutional Court in the Context of Democratization: the Case of South Korea”, *Verfassung und Recht in Ubersee* No. 31, 1998. Cass Sunstein, *The Second Bill of Rights*, New York, Basic Books, 2004. Roberto Gargarella – Pilar Domingo – Theunis Roux (eds.) *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Aldershot Ashgate, 2006.

Rodolfo Arango, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado, 2004. Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 149. Diego López Medina, *Interpretación constitucional*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2002, p. 15.

promiso con las principales tesis neoconstitucionales, que han recibido notable atención por parte significativa de la academia jurídica iberoamericana, la sitúan a la vanguardia del constitucionalismo en la región. Valiosas lecciones quedaron sobre este particular luego de la celebración del VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, que se realizó en octubre del presente año en Bogotá con presencia de magistrados y académicos de diversos países, quienes destacaron casos resueltos por la Corte Constitucional desde su surgimiento, así como doctrinas jurisprudenciales que han sustentado subreglas que, en desarrollo de principios como la colaboración armónica entre las ramas del poder público, el goce efectivo de los derechos, la realización de los derechos como fin del Estado y la garantía a la salvaguarda de la integridad de la Constitución, han contribuido de forma determinante no sólo en la interpretación sino también, e incluso particularmente, en la creación y desarrollo del derecho constitucional, con profundas influencias en la legislación en general.

Reputados doctrinantes nacionales han atribuido a la promulgación de una nueva Constitución Política la entrada de Colombia a las nuevas doctrinas sobre el constitucionalismo, aquello que tempranamente se denominó “nuevo derecho”. Rodolfo Arango, Carlos Bernal Pulido y Diego López Medina asignan a la Constitución de 1991 la creación del nuevo constitucionalismo colombiano³. Además de las bien conocidas y estudiadas reformas que estableció respecto de su antecesor, el texto fundamental vigente ha podido desplegar su contenido normativo debido a la labor de la institución a la cual se le asignó la guarda de su integridad y supremacía. La multiplicidad de cuestiones sobre las que ha decidido y el enfoque teórico desde el cual las ha abordado, constituyen factores de singular importancia en dicho examen. Decisiones que habrían sido impensables durante la vigencia del sistema regeneracionista, han sido afrontadas con solidez argumentativa por la Corte Constitucional.

Una pregunta que se podría formular al inicio es si todo progresismo jurisprudencial, que es en general bien visto, comporta necesariamente un activismo judicial, que se juzga usualmente como reprochable por sectores como el político de derecha o centro-derecha, que quiere conservar un statu-quo favorable a sus intereses; el jurídico conservador, para el cual los tribunales deben tener toda la deferencia con los representantes elegidos por el pueblo porque la sede de la democracia radica en las mayorías, y el económico para, en una suma muchas veces de estas dos razones, oponerse a que se tomen decisiones con impacto fiscal que no provengan del eje-

3 Rodolfo Arango, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado, 2004. Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 149. Diego López Medina, *Interpretación constitucional*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2002, p. 15.

cutivo o del legislativo que son, particularmente aquel, los encargados constitucionalmente del diseño de políticas públicas. Podemos distinguir argumentativamente entre actuaciones deseables de un tribunal comprometido con la realización de los derechos como fin del Estado, y actuaciones indeseables porque comportan una pretensión de sustitución a los órganos encargados del diseño y la ejecución de las políticas públicas. Plantear la distinción puede ser útil porque permitirá analizar con mayor rigor y menores grados de ideologización, las sentencias que toma la Corte en casos controvertidos.

Sin pretender articular razonamientos provenientes del derecho comparado, es útil recordar que durante poco más de una década la Corte Suprema Estadounidense profirió una serie de decisiones que, no sólo en su momento sino también ahora, han sido blanco de acérrimas críticas por su accionar “activista”. Se trata del período durante la presidencia de Earl Warren que se conoce como la “Corte Warren” (1953 – 1969)⁴. 184 casos se fallaron dentro de los cuales se destacan aquellos sobre protección a los derechos civiles, separación entre iglesia y Estado, y cambio en los procedimientos de arresto e interrogatorio policial para amparar los derechos de los sindicatos. Recordemos algunos de los casos que fueron más polémicos pero que aún hoy reciben críticas desde sectores mayoritariamente reunidos bajo el espectro político republicano.

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

En 1964 se decidieron dos casos: *Reynolds vs. Sims* que, a partir de la doctrina “una persona, un voto” determinó que los Congresos estatales deberían ser aproximadamente iguales respecto de su población, y *New York Times vs. Sullivan* que amparó la libertad de expresión estableciendo que la mala intención real, algo así como el dolo, tiene que probarse por el demandante en casos de que se alegue que un medio de comunicación lo difamó⁵.

4 La siguiente información ha sido recabada de www.law.cornell.edu/supct/ y confrontada y ampliada en algunos casos en: www.supremecourt.gov (V-I-11).

5 El contexto de este caso es importante. En New York hubo una marcha a favor de los derechos civiles, la cual terminó en una severa represión policial. Algunos de los afectados que habían participado en la marcha decidieron sacar una nota en el periódico *The New York Times* solicitando fondos para la defensa de Martin

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

El caso más sonado de este período fue *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) el cual constituyó un *overruling* respecto de *Plessy vs. Ferguson* (1896) y estableció de forma unánime que la doctrina de negros separados pero inherentemente iguales, que la misma Corte había establecido en *Plessy*, era inconstitucional en todas sus dimensiones porque separar a las personas por razones de su raza en la educación pública, constituía una discriminación que tendría efectos sobre el desarrollo de los discriminados. La práctica establecida en el caso *Plessy* violaba la provisión de igual protección establecida en la décimo cuarta enmienda. En *Brown* famosamente argumentó la Corte que “[Separar a los niños afroamericanos] de otros de edad y capacidades similares únicamente debido a su raza, genera un sentimiento de inferioridad respecto a su estatus en la comunidad, que puede afectar sus corazones y sus mentes de un modo que probablemente jamás será superado (...) Una sensación de inferioridad afecta la motivación de un niño para aprender. La segregación, con la aprobación de la ley, por tanto, tiende a [retardar] el desarrollo educativo y mental de los niños negros y a privarlos de algunos de los beneficios que recibirían en un sistema escolar racialmente integrado”⁶.

Ante estos casos cabe preguntarse, tratándose como coincidimos creo en señalar que se trata de casos progresistas, si es posible, de un lado, afirmar su naturaleza deseablemente protectora de derechos y, de otro, considerar que no se trata de casos con la pretensión de sustituir otras instituciones públicas desequilibrando el poder mediante una atribución excesiva de competencias. Hay sin duda que examinar nuestros propios precedentes considerados progresistas que se han tomado y seguido en 20 años de prolija jurisprudencia, pero como punto de partida puede resultar ilustrativo comparar la experiencia de un referente del constitucionalismo

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

6 Traducción propia. Sobre esta decisión, consúltense, Herbert Wechsler, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, en: *Harvard Law Review*. No. 73, 1959. Cass Sunstein, “Why Markets Don’t Stop Discrimination?”, en: *Free Markets and Social Justice*. Oxford University Press, 1997.

global como el estadounidense. Hay que tener una precaución. Alguna influyente tendencia constitucional estadounidense, con representantes no sólo en las universidades sino también en las altas cortes, sustenta que a la esfera de competencia del legislativo debe dispensársele un particular respeto. Las decisiones que comportan gasto público sólo pueden tener origen legislativo, por cuestión no sólo de competencia funcional sino también de estabilidad macroeconómica y viabilidad real para cumplir con las provisiones que exigen los derechos; por la planeación. A pesar de que se trata de incumplimientos masivos y reiterados de derechos, que además afectan a poblaciones plurales de personas, si se calca una teoría foránea al contexto colombiano el resultado no podrá ser otro más que reprochar a la Corte Constitucional por sus decisiones progresistas.

El contexto colombiano impone la necesidad de considerar otras variables adicionales por las características de la normativa constitucional que rige y el modelo de Estado que ellas comportan, con el referente del particular contexto social en el que deben implementarse. Adicionalmente, debido a que el cumplimiento de las órdenes complejas que imparte la Corte trasciende su capacidad, adquiere especial relevancia la cuestión por la creatividad judicial al momento de recetar el remedio y la posterior terapia de recuperación ante la enfermedad diagnosticada.

En Colombia, se destacan la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad ante los reclamos estudiantiles por la imposición de normas de los manuales de convivencia que lo vulneraban, la admisibilidad de la objeción de conciencia frente al servicio militar, los derechos de libertad de expresión en relación con los alcances de la libertad de información, la protección del derecho a la igualdad y las sentencias que han amparado derechos sociales vía tutela; también los derechos civiles y penales para parejas homosexuales, y los que han desarrollado políticas de discriminación positiva. Particularmente vehementes fueron las críticas a sentencias como la relativa al problema hipotecario del UPAC, la despenalización del consumo de dosis personal de droga, la permisión condicionada del aborto y la eutanasia, la que dispuso fechas concretas para unificar el seguro de salud, la que ordenó actualizar integralmente el POS garantizando la participación directa y efectiva de la comunidad médica y los usuarios, la que estableció pisos perentorios para salarios y pensiones, las que se han dirigido hacia la regulación financiera de los derechos constitucionales y la sentencia que, conjuntamente con numerosos autos, ha ordenado apropiación de recursos presupuestales para garantizar derechos constitucionales (fundamentales y sociales) a las víctimas del desplazamiento forzado por la tragedia humanitaria que afrontan. Se suman en este último punto las innovaciones institucionales para asegurar el cumplimiento de sus ambiciosas decisiones, mediante la expedición de autos de cumplimiento ante las instancias gubernamentales obligadas jurídicamente a cumplir determinadas funciones tendientes a desarrollar las provisiones constitucionales.

El progresismo no sólo es admisible sino también deseable porque la Corte Constitucional tiene un deber de colaborar armónicamente con los órganos del Estado para la realización de sus fines y uno de ellos, el más importante, es precisamente la realización de los derechos. Se trata del fin más importante porque además de imponer límites al legislador respecto de los mecanismos para tramitar sus propias reformas y para promulgar leyes, las constituciones contemporáneas amplían las exigencias a todos los poderes públicos que se asiste a un tránsito de la Constitución como límite al orden jurídico hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales⁷. La razón de ser del Estado aparato (parte orgánica) no es otra más que la protección y garantía de los derechos (parte dogmática).

Los fallos activistas que pretendiesen usurpar funciones e impartir órdenes particularmente ambiciosas y sin sustento en la planeación, pueden objetarse en casos concretos, así como puede objetarse igualmente el inadecuado comportamiento de algunos exmagistrados que han querido tomar réditos políticos de las sentencias de las que fueron ponentes, sin que ello implique que se pueda criticar a la Institución como tal. Puede eludirse sin reproche la responsabilidad de tener que argumentar sobre la importancia del rol de la Corte Constitucional en 20 años de creación y desarrollo del derecho. Ha visibilizado muchos problemas sociales que antes sólo eran conocidos por especialistas que los estudiaban, permitiendo así que adquirieran significancia política. Ha forzado a sectores importantes de la política y la opinión pública a prestarle atención a cuestiones sociales antes ignoradas, así como a configurar una postura frente a ellas. Institucionalizó el Estado Social de Derecho que, como modelo ideológico y fórmula política, cuenta con elementos básicos como el respeto a la dignidad humana (art. 1), la proclamación de principios de democracia, participación y pluralismo (art. 1), la atribución a la Constitución de carácter supremo (art. 4), la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5), el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos fundamentales y sociales (tit. 2, caps. 1 y 2) y la garantía jurisdiccional de la Constitución (cap. 4).

En particular la consagración de la efectividad de los principios y derechos como fines esenciales del Estado (art. 2), ha tornado cardinal en nuestro sistema jurídico los problemas relacionados con la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales. Las disposiciones iusfundamentales que establecen los derechos determinan límites formales y materiales a los poderes públicos, pero también

7 Josep Aguiló, "Sobre la Constitución en el Estado Constitucional", *Doxa* No. 24, Alicante, 2001, pp. 454 y 456; "Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución", en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado, 2010 (Trotta, 2da ed.).

a los privados⁸. Las normas dogmáticas le determinan a las normas orgánicas, tanto lo que deben hacer, como lo que les está permitido hacer. Esta posición explica por qué los problemas relativos al concepto, la estructura y la interpretación de los derechos fundamentales han ocupado un lugar sobresaliente en la jurisprudencia constitucional y en la dogmática del derecho público colombiano, desde la génesis misma de la jurisprudencia constitucional en 1992. Es por eso que la pregunta ¿dónde están consagrados los derechos fundamentales? no se puede responder haciendo referencia al título respectivo de la Constitución, sino que deben referirse los numerosos volúmenes de jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la Corte Constitucional⁹.

Es llamativo constatar que, a pesar de los embates de poder, de las columnas de opinión que intentan desprestigiarla y de algunas sentencias desafortunadas, la Corte a diciembre de 2010 tenía una favorabilidad de 57% y la encuesta Gallup de inicios de 2011 arrojó un ascenso de casi diez puntos porcentuales en dicha cifra¹⁰. Esto resulta más sugestivo aún cuando se contrasta con el 33% de favorabilidad del sistema judicial en general, lo cual lo hace una de las instituciones públicas más desprestigiadas. En esta labor de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, pero particularmente por su papel comprometido con el desarrollo del derecho (*living constitutionalism*), la Corte Constitucional ha receptado instituciones judiciales y doctrinas constitucionales surgidas de diversos contextos jurisprudenciales, tales como el germano, el español, el francés y el italiano, así como el estadounidense, por lo cual puede afirmarse sin exageración que Colombia es uno de los países de la región en los cuales mayor influjo han ejercido teorías jurídicas transnacionales, que surgieron desde cuando los países europeos que salían del fascismo y, luego, de las dictaduras, transformaron radicalmente sus textos constitucionales incluyendo derechos fundamentales y sociales, además de los clásicos liberales y de defensa. Dicha transformación requirió de forma casi inmediata una nueva dogmática jurídica y renovadas doctrinas judiciales y planteamientos teóricos que permitieran responder sólida y sistemáticamente ante los paulatinos procesos de implementación de la normatividad constitucional en el marco de la garantía a los derechos fundamentales.

Dentro de las principales tesis e instituciones que han sido receptadas en Colombia debido a la jurisprudencia constitucional que, tempranamente, desmonopolizó la

8 Alexei J. Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado, 2000.

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

10 docs.google.com/viewer?a=v&pid=explorer&chrome=true&srcid=0B_rSr6Al0PuJZTRkOTQ1MmYtMZl2OC00ODM3LTlkMGUtMDk1YWwNIN2JhZTQ4&hl=en (4-III-11).

creación del derecho en cabeza de la rama legislativa, pueden destacarse las siguientes. Respecto de la Constitución: interpretación sistemática, naturaleza normativa, garantía jurisdiccional, fuerza vinculante y modelo axiológico de la Constitución como norma; las constituciones latinoamericanas contienen numerosas cláusulas de realización progresiva porque reflejan un descontento con la situación actual de sus respectivas sociedades¹¹; si bien nuestra Constitución es semi-rígida o incluso flexible según la clasificación usual conforme al criterio de reformabilidad, el discurso sobre la importancia de resguardar al texto fundamental de cambios constantes ha tenido una llamativa recepción doctrinaria y jurisprudencial¹². A partir de la incorporación constitucional de principios morales, las tradicionalmente sólidas fronteras entre el derecho, la moral y la política tienden a desmoronarse. En la actualidad el poder judicial es un verdadero poder político porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia: la Constitución Política. Si bien la facultad judicial de revisar la constitucionalidad de los actos del Congreso (*judicial review*) se incorporó en la reforma de 1910, sólo a partir de 1991 se ha desarrollado vigorosamente¹³.

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

La riqueza del constitucionalismo colombiano se revela no sólo por la recepción de doctrinas, teorías e instituciones judiciales y jurisprudenciales de circulación transnacional, sino también por aquellas doctrinas que se han creado, por lo cual en la efeméride en la que nos encontramos por la conmemoración de las dos primeras décadas de la Constitución, reviste de especial interés analizar las formas que ha encontrado la Corte para responder ante una situación caracterizada, de un lado, por una

11 Por lo cual se han denominado constituciones “aspiracionales”. Cfr.: Mauricio García Villegas, “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”, en: César Rodríguez – Mauricio García Villegas – Rodrigo Uprimny, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.

12 Jon Elster ha señalado no obstante que la Constitución colombiana “tiene requisitos relativamente débiles para pasar una enmienda constitucional: esta se hace por mayoría simple en cada Cámara. En la mayoría de países se necesita una supermayoría, por lo general de dos tercios de los congresistas, que se establece en aras de ponerle controles legítimos a la voluntad de la mayoría popular”. *Semana.com*, junio 23 de 2009 (4-6-09).

13 La superioridad normativa de la Constitución respecto de las leyes también se incluyó en tal reforma (Acto Legislativo No. 3).

Constitución con provisiones garantistas, y de otro lado, por un contexto injusto y desigual en el cual deben aplicarse. En efecto, Colombia tiene un particularmente débil sistema de partidos que entre otros aspectos se refleja en una incapacidad de asumir tareas básicas. Dentro de sus factores sociales más elocuentes se encuentran la desigualdad, el desempleo, el subdesarrollo, las millones de personas víctimas del desplazamiento forzado por la violencia, la pobreza en la mitad de su población y la pobreza extrema en un alto grado; altos índices de criminalidad, impunidad y corrupción; y donde en general se violan los derechos humanos (por acción estatal, inacción o acción insuficiente) de forma tal que hay pocos parangones en el mundo. A pesar de mayor inversión extranjera y moderado crecimiento en la economía, hay más pobres que antes y cada día más personas tienen dificultades para satisfacer sus necesidades básicas mínimas. Se ha agudizado la brecha de la separación social pues cada vez hay más pobres, mientras que un pequeño grupo se beneficia de los modestos grados de progreso. Según cifras oficiales, Colombia es el cuarto país más desigual del mundo tratándose de distribución del ingreso¹⁴. En términos comparados eso significa que de cerca de 200 países que hay en el mundo, sólo estamos mejor que 3. Pareciera muchas veces que los déficits en la realización de derechos no son una realidad sino una estadística.

Una de las principales doctrinas judiciales que se han implementado para tender a reducir la disociación entre el derecho y la realidad, es el estado de cosas inconstitucional. La Corte estructuró dicha doctrina para juzgar, no un acto del Estado o de alguno de sus órganos, sino para juzgar una realidad. Dicha doctrina parte de confrontar la realidad con un juicio normativo y concluye si está ante situaciones que no son compatibles con la Constitución. La Corte pretende contribuir a que se transforme la realidad más allá del caso concreto, para que el contexto en el cual está inserto el caso se acerque cada vez más a los postulados constitucionales.

Algunas de estas características políticas y sociales que aquejan a Colombia, legitiman la intervención de la Corte Constitucional en el proceso de formación de las políticas públicas. Contrario a lo que muchos críticos afirman, al menos respecto de uno de los casos más contenciosos como el estado de cosas inconstitucional declarado a las víctimas del delito de desplazamiento forzado, este Tribunal no diseña como tal la política pública¹⁵ sino que se articula con el Gobierno y el Congreso, pero sobre todo con el Gobierno, en dicho proceso en dos formas básicamente: al

14 Gini de 0,58. Un país es más desigual mientras más se acerque a 1. En 2005 se registraba un índice de 0,55.

15 Pierre Muller, *Las políticas públicas*, Bogotá: Universidad Externado, 3ra ed., 2010, cap. 2. En este punto es interesante el concepto “referencial” en el análisis de la acción pública, sobre el cual puede consultarse, *Ibidem*, pp. 118 a 122; y VV.AA. *Diccionario de políticas públicas*, Bogotá: Universidad Externado, 2009, pp. 383 a 389.

inicio señalando un evento como cuestión que debe merecer la atención estatal, y al final revisando en la etapa de evaluación los resultados de la implementación de la política diseñada por el respectivo organismo gubernamental. Esta precisión marca una diferencia en el debate porque, de un lado, permite reconocer que en virtud al principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público para la consecución de los fines del Estado, la Corte puede y debe intervenir en la toma de decisiones que contribuyan a que en Colombia, en tanto democracia constitucional en formación, todos sean beneficiarios del progreso, porque en sociedades inequitativas o no-bien ordenadas los derechos sociales deben ampararse porque son precondiciones para el goce de los derechos de libertad.

Necesidad de intervención judicial en la protección de los derechos constitucionales

La disociación que vivimos entre un *law in books* garantista, incluyente e igualitario, y un *law in action* que rige en uno de los países más desiguales de la región más desigual del mundo y con masivas violaciones a los derechos humanos, suscitó desde las mismas comisiones de la Asamblea Nacional Constituyente una serie de debates de diverso tipo (no sólo jurídicos sino también económicos, políticos y sociológicos) que se extienden hasta la actualidad, sobre la imposibilidad material de cumplir las promesas que, en forma de derechos y principios, se consagran en la Constitución. En junio de 1993 el entonces presidente César Gaviria impartió un discurso, que tituló “nuevo derecho”, del cual se destaca la necesidad de realización de las expectativas y necesidades de la comunidad acercando el derecho a la realidad. La Corte Constitucional siguiendo sus antecedentes jurisprudenciales y el fundamento teórico que ha usado en su respaldo, ha creado instituciones judiciales para delimitar competencialmente su rol al interior de nuestra democracia constitucional y para dotar de solidez y racionalidad su práctica argumentativa.

Respecto de los derechos fundamentales, Alexy ha enfatizado en su irradiación al ordenamiento jurídico y en sus efectos hacia terceros como las tesis que superan los problemas propios del derecho constitucional y se relacionan directamente con el derecho civil, penal y con la relación entre los poderes legislativo y judicial. Tras la legislación y la jurisdicción constitucional se encuentra la tensión entre los derechos fundamentales y la democracia¹⁶. Las respuestas que se otorguen a las cuestiones que surgen desde la dogmática de los derechos fundamentales, tienen

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

consecuencias para la estructura del sistema jurídico en su totalidad¹⁷. Esto se puede ilustrar desde el rol desempeñado por la Corte con las órdenes complejas que emite en sentencias y autos de cumplimiento que se dirigen hacia diversas autoridades públicas, como seguimiento permanente según las circunstancias de una situación de manifiesta inconstitucionalidad que se prolonga en el tiempo¹⁸.

En este ensayo se analiza el estado de cosas inconstitucional como creación doctrinaria en virtud de la cual se han desplegado, de forma inédita en la historia de nuestra democracia constitucional, las posibilidades de reforma y cambio sociales en contextos determinados la desigualdad y el déficit en la protección de derechos. Si bien es necesario que los derechos estén amparados por provisiones que reconozcan su garantía, porque se conoce el caso de Chile y Estados Unidos donde por falta de inclusión normativa la protección de los derechos sociales ha sido más compleja y ha estado más sometida a la voluntad del legislativo, la protección del catálogo de derechos que existen en las constituciones recién promulgadas en la región, requiere otros presupuestos adicionales a su positivización. Además de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión, la demanda por la protección de derechos en las distintas declaratorias de estados de cosas inconstitucionales comporta sobre todo derechos sociales (educación, salud, alimentación mínima, vivienda digna y trabajo).

Los derechos sociales que se han protegido a numerosas personas mediante diversos tipos de instituciones judiciales y doctrinas jurisprudenciales, son precondiciones para el ejercicio de los derechos de libertad. La persona desfavorecida valora que haya derechos efectivos en los que se le proteja de la esclavitud o en los que se le garanticen las libertades de expresión, culto, enseñanza y circulación, por ejemplo. Pero, como señala Alexy, para esa misma persona tendrán más importancia los derechos que le permitan superar su situación existencial deficitaria, para la cual las libertades jurídicas no le sirven para nada, son en este contexto “fórmulas vacías”¹⁹. La función de las autoridades públicas respecto de la realización de los derechos, no sólo consiste en la garantía de esferas libres de interferencia ajena a los ciudadanos, sino también en asegurar condiciones materiales mínimas de existencia, de lo cual emana la realización estatal progresiva de los derechos sociales²⁰.

17 Sobre este punto resulta relevante analizar la problemática de la dogmática de los márgenes de acción. Véase, Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario—jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado, 2003.

18 T-881 de 2006 (M.P.: Humberto Sierra Porto).

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

20 C-251 de 1997 (M.P.: Alejandro Martínez).

La importancia de proteger los derechos sociales radica en que procuran crear las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igualdad, que es esencial para el ejercicio efectivo de la libertad, es decir, son un presupuesto para el ejercicio de los derechos de libertad para la población en situación de déficit en la protección de sus derechos²¹. Bobbio argumentó a favor de la necesidad de incluir los derechos sociales en la agenda política porque constituyen el supuesto de un efectivo ejercicio de los derechos de libertad. Sólo si existieran las libertades negativas todos serían igualmente libres pero no todos tendrían igual poder, por lo cual es necesario que se reconozcan los derechos sociales que sitúan a las personas en condición de tener el poder de hacer aquello que son libres de hacer. El reconocimiento de estos derechos requiere la intervención directa del Estado hasta tal punto que también se denominan derechos de prestación, precisamente porque requieren que el Estado intervenga mediante prestaciones adecuadas²².

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

La transformación en la idea de constitución formal por constitución material es uno de los aspectos cardinales en la recepción del neoconstitucionalismo²³. La necesidad de implementar y elevar a rango constitucional los principios que comportan las provisiones constitucionales, condujo a la transformación de un modelo de Estado

21 Cass Sunstein – Stephen Holmes, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton, 2000. Versión castellana de reciente aparición por la editorial Siglo XXI, Buenos Aires. Victor Abramovich – Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

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

23 Ha sido complejo el debate en torno a las nuevas doctrinas sobre el constitucionalismo y su influjo en contextos como el colombiano. A juicio de sus críticos se trata de una corriente u orientación doctrinal de perfiles difusos. También se han enderezado objeciones acerca de la manera en la cual se han receptado instituciones jurídicas y tesis doctrinarias en contextos distintos a los de su surgimiento. Sin embargo un crítico como García Amado sostuvo que, si bien los perfiles del movimiento no son del todo diáfanos, “esto no impide que entre los propios defensores y cultivadores de esos planteamientos se pueda hablar ya de un canon neoconstitucional”. Prólogo –citado de la versión facilitada por su autor– al libro *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, de Jorge Zavala.

con un complejo sistema político-administrativo. En Europa a principios del siglo pasado se dejó atrás el modelo de Estado liberal para darle cabida al Estado de bienestar en respuesta a las demandas de movimientos sociales, y con el antecedente del nacimiento de la seguridad social en la Alemania de Bismarck, con las leyes de seguro de enfermedad (1883), seguro contra accidentes de trabajo (1884) y seguro contra la invalidez y la vejez (1889); la evolución constitucional de Weimar en Alemania y del *New Deal* de Roosevelt en los Estados Unidos. En Colombia las necesidades sociales y las transformaciones globales tornaron imperativo el cambio del Estado de Derecho hacia un Estado Social, o Constitucional, de derecho que procura no sólo determinar reglas amplias de competencia sino sustentar la garantía a los derechos que se les deben asegurar a los ciudadanos²⁴.

Además de imponer límites al legislador respecto de los mecanismos para legislar y para tramitar sus propias reformas (actos legislativos), las constituciones contemporáneas amplían las exigencias a todos los poderes públicos. La vinculación constitucional de los poderes públicos a los derechos fundamentales, torna cardinal en nuestra democracia la función de la institución a la que se le encargó el resguardo del texto fundamental de los intentos por suplantarlo o recortarlo en sus garantías normativas. Gracias a la Corte Constitucional los derechos ya no están necesariamente sujetos a leyes que reglamenten su ejercicio.

Al reconocer la situación de vulnerabilidad de la población concreta y el hecho de que las instituciones no están promoviendo medidas de política para remediar tales situaciones que comportan diversas violaciones de derechos, la Corte fundamenta el hecho de intervenir en la lógica política del ejecutivo en materia de programación y ejecución del gasto público, al señalar una urgencia imperativa de atender determinado grupo a partir de las situaciones que se presentan en la violación de sus derechos de manera directa como el caso del desplazamiento o estableciendo medidas y plazos para que las instituciones obligadas cumplan con sus obligaciones constitucionales y legales, como en el caso de las prisiones ya que se violan más derechos humanos en las cárceles colombianas que en prisiones iraquíes de *Abu Ghraib*.

La doctrina jurisprudencial del “Estado de cosas inconstitucional”

La doctrina de creación jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional surgió como respuesta judicial a la necesidad de reducir, en casos determinados, la dramática

24 En este sentido resulta ineludible la referencia a la sentencia T-406 de 1992 (M.P.: Ciro Angarita).

separación que existe entre las consagraciones de la normatividad y la realidad social de un país tan particularmente garantista en sus normas como desigual en su realidad. Se denominó originalmente “Estado de cosas contrario a la Constitución Política” (SU-559 de 1997).

La paradoja de ser un país desigual pero con una amplia consagración de derechos sociales, que procuran crear las condiciones de igualdad material mínima para que las personas puedan disfrutar de los derechos de libertad, ha sido suficientemente señalada por la doctrina e incluso criticada por algún sector de ella. La declaratoria de estados de cosas inconstitucionales ha comportado esencialmente la necesidad de proteger los derechos constitucionales (fundamentales y, particularmente en el caso del desplazamiento, sociales) de una comunidad numerosa de personas que, por tiempo extendido, han sufrido una violación sistemática de los mismos y sin atención significativa cuando se realizaron las solicitudes por las vías ordinarias establecidas.

Determinar el inicio y la superación de la declaratoria corresponde a la Corte Constitucional, la cual asimismo ha precisado las ocasiones en las que se presenta. Dos condiciones son esenciales para declararlo en un caso concreto: violación de derechos fundamentales que es, a la vez, sistemática y afecta a muchas personas que podrían por tanto recurrir a la tutela para solicitar que se les protejan sus derechos (lo cual generaría una congestión en los despachos judiciales), y desprotección no sólo es atribuible a la acción, o más bien a la inacción o acción insuficiente, de la autoridad demandada sino que comporta factores estructurales²⁵.

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

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

25 Estas condiciones se han cumplido hasta la posterior sofisticación de la doctrina en la sentencia que declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento, por ejemplo en la SU-090 de 2000 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz) (omisión en pago de pensiones en el Chocó).

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

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

La Corte ha justificado su progresismo en este caso caracterizando la violación sistemática, masiva y prolongada de derechos fundamentales a una población numerosa de personas, como un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, empezando como es lógico por los funcionarios del Estado²⁶; un verdadero estado de emergencia social, una tragedia nacional que afecta los destinos de innumerables colombianos y que marcará el futuro del país durante las próximas décadas y un serio peligro para la sociedad política colombiana. Constatar la ocurrencia de un estado de cosas inconstitucional implica reconocer el fracaso del constitucionalismo y sus valores fundacionales, pues ocasiona una tensión entre la organización política y la prolífica declaración de derechos constitucionales, respecto de la cotidiana exclusión de ese acuerdo de millones de personas²⁷.

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

27 SU-1150 de 2000 (M.P.: Eduardo Cifuentes). T-215 de 2002 (M.P.: Jaime Córdoba).

Se mencionó que el estado de cosas inconstitucional constituye una doctrina que se creó localmente para responder a las particularidades de un contexto social desigual y profundamente violatorio de derechos, pero con numerosas cláusulas constitucionales de realización progresiva. Precisamente por ello tuvo una fase de creación y luego otra de profundización y evolución. No se trata sin embargo de una doctrina acabada, pues por ejemplo subsiste el cuestionamiento por las condiciones de declaratoria de su superación o levantamiento en casos concretos²⁸. La terminación del estado de cosas inconstitucional no está regulada normativamente.

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

La Corte ha declarado un estado de cosas inconstitucional en los siguientes asuntos²⁹: (1) omisión en la inclusión de docentes cotizantes al fondo prestacional del magisterio, (2) violación de derechos de sindicatos y reclusos (salud, seguridad social y por hacimiento), (3) falta de protección a la vida de los defensores de derechos humanos, (4) ineficiencia administrativa en la Caja Nacional de Previsión (Cajanal) para el trámite de pensiones de jubilación y mora reiterada en resolver derechos de petición, (5) dilación injustificada en la liquidación y pago de pensiones (Gobernación de Bolívar

28 Respecto del desplazamiento, Rodolfo Arango ha planteado tres preguntas que deben abordarse antes de explorar la cuestión de la superación: ¿Cuándo se pierde la condición de desplazado?, ¿cuáles son los criterios para superar un ECI? y ¿en qué relación están la satisfacción del mínimo vital y el goce efectivo de los derechos fundamentales con la superación de del ECI de la población desplazada? Rodolfo Arango, Superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado. Documento presentado ante la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, Bogotá, 2008. Me baso en la versión manuscrita facilitada por el autor.

29 En sentencia de constitucionalidad número 288 de 2010 (M.P.: Luis Ernesto Vargas), que declaró la inexistencia del Decreto Legislativo 128 de 2010 “Por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”, cita la Corte una intervención ciudadana en la cual se hace referencia a una declaratoria “tácita” de estado de cosas inconstitucional en materia del derecho a la salud, a partir de la sentencia T-760 de 2008 (M.P.: Manuel José Cepeda).

T-525 de 1999 y Gobernación de Chocó SU-090 de 2000), (6) desplazamiento y (7) omisión de convocatoria a concurso público para la carrera notarial.

Interesa a efectos de este trabajo analizar la génesis de la doctrina y su máximo estado de desarrollo y depuración. Para tal fin se sintetizarán los aspectos esenciales de los momentos de creación y desarrollo. Si bien se enfocará la figura en general se hará énfasis en el caso del desplazamiento porque dicho tema continuará abierto hasta que la Corte se pronuncie sobre su superación o no en sentencia de unificación que se expedirá próximamente. Se trata de una sentencia particularmente importante porque no sólo definirá las directrices para la reparación a las víctimas del desplazamiento, sino en general a todas las víctimas del conflicto armado colombiano, por lo que quizá se podrá tomar como modelo para la reparación a las víctimas. En ese sentido se trata de una sentencia particularmente significativa para la doctrina, de la cual será ponente el magistrado Luis Ernesto Vargas.

El número creciente de tutelas que interponen los desplazados en muchas regiones del país, comprueba que las causas violatorias de los derechos se siguen presentando, de lo cual se deriva que ha habido una inacción o una acción insuficiente por parte de las autoridades públicas en el cumplimiento de sus obligaciones. Debido a que ninguno de los estados inconstitucionales se ha superado, la Corte ha reafirmado posteriormente las líneas jurisprudenciales que se originaron en las respectivas declaratorias, bien usando las argumentaciones que las fundamentaron para amparar en sede de tutela derechos cuya protección se negó en primera instancia, o bien enfatizando las órdenes que se impartieron originalmente.

Desplazamiento forzado

La Corte se ha ocupado del fenómeno del desplazamiento desde el control abstracto de constitucionalidad por las demandas contra la norma que enmarca jurídicamente la implementación de la política pública de protección a dicha población³⁰, así como por vía del control concreto, pues han sido miles las tutelas promovidas en procura de la defensa y protección inmediata de derechos³¹. La (macro)sentencia T-025 de 2004 acumuló 109 expedientes de acciones de tutela interpuestas por 1150 núcleos familiares, pertenecientes a población desplazada. Los demandados fueron la Red de

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

31 T-038 de 2009 (M.P.: Rodrigo Escobar).

Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia, el INURBE, el INCORA, el SENA y los ministerios de Hacienda, Protección Social, Agricultura y Educación. La Corte sintetizó, en razón de las tutelas recogidas y sus autoprecedentes en la materia, los derechos constitucionales afectados por el desplazamiento: vida en condiciones dignas³²; los derechos de los grupos especialmente protegidos (niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados y ancianos)³³; escoger lugar de domicilio³⁴; libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión y asociación³⁵; derechos sociales (educación³⁶, salud³⁷ y trabajo³⁸)³⁹; derecho a la unidad familiar⁴⁰ y a la protección integral de la familia⁴¹; integridad personal⁴² y seguridad personal⁴³; libertad de circulación⁴⁴ y derecho a permanecer en el sitio escogido para vivir⁴⁵; alimentación mínima; vivienda digna⁴⁶; el derecho a la paz; igualdad⁴⁷.

El problema del desplazamiento en sede de análisis de constitucionalidad se ha enfocado, por parte de alguna literatura, desde una perspectiva reduccionista según la cual la Corte apenas inició en 2004 con la famosa sentencia T-024 la atención a los problemas de violación a derechos fundamentales que se derivan de la situación de desplazamiento. La atención de la Corte a este problema comienza incluso con antelación al establecimiento inicial de la política pública con la ley 387 de 1997. La Corte había proferido una sentencia de tutela (T-227 de 1997) en la cual empezó a introducir elementos que con el tiempo configurarían la política pública sobre desplazamiento. Un componente que

32 SU-1150 de 2000 (M.P.: Eduardo Cifuentes). T-1635 de 2000 (M.P.: José Gregorio Hernández). T-327 de 2001 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-1346 de 2001 (M.P.: Rodrigo Escobar).

33 T-215 de 2002 (M.P.: Jaime Córdoba). T-419 de 2003 (M.P.: Alfredo Beltrán).

34 T-227 de 1997 (M.P.: Alejandro Martínez).

35 Debido a la afectación que sufren los desplazados en la materialización de sus proyectos de vida. SU-1150 de 2000 (M.P.: Eduardo Cifuentes).

36 T-215 de 2002 (M.P.: Jaime Córdoba).

37 T-645 de 2003 (M.P.: Alfredo Beltrán).

38 T-669 de 2003 (M.P.: Marco Gerardo Monroy).

39 T-098 de 2002 (M.P.: Marco Gerardo Monroy).

40 SU-1150 de 2000 (M.P.: Eduardo Cifuentes).

41 T-1635 de 2000 (M.P.: José Gregorio Hernández).

42 T-1635 de 2000 (M.P.: José Gregorio Hernández). T-327 de 2001, T-1346 de 2001 y T-327 de 2001.

43 T-258 de 2001 (M.P.: Eduardo Montealegre) y T-795 de 2003 (M.P.: Clara Inés Vargas).

44 T-268 de 2003 (M.P.: Marco Gerardo Monroy) (derechos de los desplazados internos, especialmente mujeres y niños; derechos sociales – alimentación, salud, educación).

45 T-227 de 1997 (M.P.: Alejandro Martínez).

46 T-602 de 2003 (M.P.: Jaime Araujo).

47 T-268 de 2003 (M.P.: Marco Gerardo Monroy).

denominó “pedagogía constitucional” fue destacado como elemento omitido por la política que no podía ser eludido por el poder judicial.

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

Desde 1997 la Corte ha proferido alrededor de 280 sentencias hasta 2009, su mayoría fueron de tutela y pocas de constitucionalidad⁴⁸. Sólo 8 han modificado aspectos

48 T-215 de 2002 (M.P.: Jaime Córdoba) y T-885 de 2009 (M.P.: Juan Carlos Henao) Las principales sentencias en las cuales se han tomado decisiones e impartido órdenes en desarrollo de la declaratoria con la T-025 de 2004, son además de las referidas atrás: T-419 de 2004 (M.P.: Alfredo Beltrán), T-770 de 2004 (M.P.: Jaime Córdoba), T-813 de 2004 (M.P.(e): Rodrigo Uprimny), T-1094 de 2004 (M.P.: Manuel José Cepeda), T-175 de 2005 (M.P.: Jaime Araújo), T-254 de 2005 (M.P.: Jaime Araújo), T-882 de 2005. M.P.: Álvaro Tafur y T-1076 de 2005. M.P.: Jaime Córdoba (función del registro único de población desplazada y derechos derivados de la condición de desplazado que debe garantizar el Estado), T-1144 de 2005. M.P.: Álvaro Tafur (dificultad en la prueba de la condición de desplazado, principio de buena fe en la declaración, indicios como elemento probatorio y primacía de la condición social respecto de declaraciones contradictorias del desplazado), T-284 de 2005 (M.P.: Alfredo Beltrán), T-312 de 2005 (M.P.: Jaime Córdoba), T-563 de 2005 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-086 de 2006 (M.P.: Clara Inés Vargas), T-138 de 2006 (M.P.: Marco Gerardo Monroy) (amparo de salud), T-468 de 2006 (M.P.: Humberto Sierra) (derecho sustancial prevalece sobre el procedimental en casos de sujetos de especial protección constitucional tratándose de inscripción en el registro nacional de desplazados), T-585 de 2006 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-695 de 2006 (M.P.: Jaime Araújo), T-839 de 2006 (M.P.: Álvaro Tafur), T-919 de 2006 (M.P.: Manuel José Cepeda), T-188 de 2007 (M.P.: Álvaro Tafur), T-136 de 2007 (M.P.: Jaime Córdoba), T-191 de 2007 (M.P.: Álvaro Tafur), T-273 de 2007 (M.P.: Nilson Pinilla) (procedencia de la agencia oficiosa en tutela), T-328 de 2007 (M.P.: Jaime Córdoba), T-334 de 2007 (M.P.: Nilson Pinilla) y T-490 de 2007 (M.P.: Nilson Pinilla) (derecho de petición), T-496 de 2007 (M.P.: Jaime Córdoba), T-559 de 2007 (M.P.: Jaime Araújo), T-611 de 2007 (M.P.: Nilson Pinilla), T-612 de 2007 (M.P.: Rodrigo Escobar), T-630 de 2007 (M.P.: Nilson Pinilla), T-688 2007 (M.P.: Nilson Pinilla), T-705 de 2007 (M.P.: Jaime Córdoba), T-704A de 2007 (M.P.: Jaime Araújo), T-771 de 2007 (M.P.: Humberto Sierra Porto), T-966 de 2007 (M.P.: Clara Inés Vargas), C-278 de 2007 (M.P.: Nilson Pinilla), T-057 de 2008 (M.P.: Jaime Córdoba), T-156 de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar), T-216A de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar), T-268 de 2008 (M.P.: Jaime Araújo), T-285 de 2008 (M.P.: Nilson Pinilla) (eliminación del término para atención humanitaria de emergencia), T-297 de 2008 (M.P.: Clara Inés Vargas), T-364 de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar), T-391 de 2008 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-439 de 2008 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-451 de 2008 (M.P.: Manuel José Cepeda), T-476 de 2008 (M.P.: Clara Inés Vargas), T-560 de 2008 (M.P.: Jaime Araújo), T-506 de 2008 (M.P.: Nilson Pinilla), T-596 de 2008 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-597 de 2008 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-605 de 2008 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-1034 de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar) (exigencia a la Universidad de Cartagena de otorgar cupo especial a menor desplazado en amparo de los derechos de igualdad y educación), T-647 de 2008 (M.P.: Clara Inés Vargas), T-704 de 2008 (M.P.: Manuel José Cepeda), T-719 de 2008 (M.P.: Nilson Pinilla), T-721 de 2008 (M.P.: Nilson Pinilla), T-725 de 2008

sustanciales de la política, las cuales han partido tanto de aspectos puntuales como proferir órdenes concretas u ordenar que se expida un manual de enseñanza a los

(M.P.: Jaime Córdoba), T-787 de 2008 (M.P.: Jaime Córdoba), T-817 de 2008 (M.P.: Clara Inés Vargas), T-868 de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar), T-1095 de 2008 (M.P.: Clara Inés Vargas), C-1011 de 2008 (M.P.: Jaime Córdoba), T-1105 de 2008 (M.P.: Humberto Sierra Porto), T-1115 de 2008 (M.P.: Manuel José Cepeda), T-1238 de 2008 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-1135 de 2008 (M.P.: Manuel José Cepeda), T-1259 de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar) (respecto del amparo mediante tutela a personas que no están determinadas pero sí son determinables, cuyo nombre no se conoce al fallar, lo cual es una especie de excepción porque la tutela se interpone para garantizar la protección de los derechos de un sujeto concreto determinado), T-364 de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar), T-1134 de 2008 (M.P.: Manuel José Cepeda), T-463 de 2010 (M.P.: Jorge Iván Palacio), T-156 de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar) (orden a la Agencia Presidencial para la Acción Social de inscribir en el Registro Único de Población Desplazada a peticionarios), T-458 de 2008 (M.P.: Humberto Sierra Porto) (el proceso de registro debe considerar que la definición legal de desplazado debe interpretarse sistemática y teleológicamente, y orientarse por el principio pro homine), T-006 de 2009 (M.P.: Jaime Córdoba), T-967 de 2009 (M.P.: María Victoria Calle), T-718 de 2009 (M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza), T-585 de 2009 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt), T-586 de 2009 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt), T-600 de 2009 (M.P.: Juan Carlos Henao), T-972 de 2009 (M.P.: Mauricio González), T-739 de 2009 (M.P.: María Victoria Calle), T-753 de 2009 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt), T-085 de 2009 (M.P.: Jaime Araújo), T-755 de 2009 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt), T-742 de 2009 (M.P.: Luis Ernesto Vargas), T-344 de 2009 (M.P.: María Victoria Calle), T-038 de 2009 (M.P.: Rodrigo Escobar) (prorroga de la atención humanitaria de emergencia al núcleo familiar del actor), T-064 de 2009 (M.P.: Jaime Araújo), T-501 de 2009 (M.P.: Mauricio González), T-343 de 2009 (M.P.: María Victoria Calle), T-042 de 2009 (M.P.: Jaime Córdoba) (enfoque diferencial en la atención a las mujeres víctimas de desplazamiento), T-317 de 2009 (M.P.: Luis Ernesto Vargas) (ayuda humanitaria de emergencia como materialización del derecho fundamental a la subsistencia mínima y sobre la consecuencia de la declaratoria respecto de obligación a las autoridades nacionales de adoptar un plan de acción que permita superar dicho estado), T-454 de 2010 (M.P.: Humberto Sierra), T-514 de 2010 (M.P.: Mauricio González), T-472 de 2010 (M.P.: Jorge Iván Palacio), T-085 de 2010 (M.P.: María Victoria Calle), T-312 de 2010 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt), T-581 de 2010 (M.P.: Jorge Iván Palacio), T-211 de 2010 (M.P.: Juan Carlos Henao), T-169 de 2010 (M.P.: Mauricio González), T-099 de 2010 (características de la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional), T-068 de 2010 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt), T-372 de 2010. M.P.: Luis Ernesto Vargas (exigencia al Comandante del Batallón de Apoyo de Servicios para el Combate No. 18 de desincorporar como soldado bachiller al peticionario por ser desplazado, ya que en virtud de las resoluciones 2341 de 2009, 1700 de 2006 y 181 de 2005 del Ministerio de Defensa, los hombres en condición de desplazamiento obligados a definir su situación militar deben recibir como medida de protección inmediata una tarjeta militar provisional, siendo el único requisito que esté plenamente probado que se encuentre en condición de desplazamiento), T-287 de 2010 (M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza) (si bien negó acción de tutela en la cual se solicitaba el amparo del derecho a una vivienda digna, debido a un agotamiento de recursos y a la falta de una política pública que atendiera el problema estructural de la falta de vivienda en la población desplazada, la revocó respecto de la determinación de que el subsidio al que tiene derecho la accionante debía aplicarse en el lugar de origen), T-265 de 2010 (M.P.: Juan Carlos Henao) (al analizar la situación de la población desplazada la jurisprudencia ha “desarrollado una política pública” para satisfacer necesidades básicas consistentes en proponer parámetros de política diferencial en razón a los sujetos (niños, jóvenes, madres cabeza de familia, personas de tercera edad, grupos afro, indígenas) y en razón a las necesidades por satisfacer tales como ayuda humanitaria de emergencia, criterios de reparación, servicios de salud, acceso a educación y vivienda digna). Sobre los desplazados como sujetos de especial protección constitucional debido a su condición de vulnerabilidad manifiesta, se ha reiterado en numerosa jurisprudencia, por ejemplo, T-790 de 2003, T-740 de 2004. M.P.: Jaime Córdoba (solicitud ante la Red de Solidaridad Social, el Inurbe, Fonvivienda y el ICBF de proteger derechos fundamentales como vida, salud, mínimo vital y vivienda por causas como la negativa a registrar nuevos desplazados, no suministrar ayuda humanitaria requerida (servicios de salud y subsidio de vivienda, así como el otorgamiento de créditos productivos), o no continuar con el suministro de dicha ayuda).

desplazados para que sepan cuáles derechos tienen, hasta aspectos muy generales donde se modifica la definición del problema público de desplazamiento incluyendo nuevos componentes.

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

Si bien la declaratoria no está regulada normativamente, la regla que se extrae de los análisis de la Corte Constitucional presenta la versión más sofisticada de la doctrina. La situación de la población desplazada constituye un estado de cosas inconstitucional porque se le vulneran los derechos fundamentales a la vida digna, integridad personal, igualdad, petición, trabajo, salud, seguridad social, educación, mínimo vital y protección especial a las personas de la tercera edad, mujer cabeza de familia y niños, de forma masiva, prolongada y reiterada, como consecuencia de problemas estructurales en la política de atención. De esta forma, el Estado por sus acciones y omisiones en el diseño, implementación y seguimiento de la política pública ha contribuido de forma significativa a la violación de los derechos fundamentales de la población desplazada.

La ayuda humanitaria de emergencia que se otorga a la población desplazada, cuando la Corte interviene en el proceso de formación de las políticas públicas señalando que un asunto determinado es un problema público que debe merecer la atención del Estado, debe garantizar el mínimo de protección de los derechos fundamentales, lo que implica: la protección de los derechos contra amenazas, y la satisfacción del mínimo prestacional necesario para la satisfacción de los derechos. El desplazamiento forzado conlleva un desconocimiento grave, sistemático y masivo de derechos fundamentales⁴⁹ que implica la configuración de una especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en quienes lo padecen.

En 2003 la Corte dijo que el problema de desplazamiento además de ser una política de ayuda, de dar beneficios, a los desplazados se les debe considerar víctimas del delito de desplazamiento forzado y, por ser víctimas, tienen otros derechos que no

49 C-278 de 2007 (M.P.: Nilson Pinilla).

consideraba la política pública como tal, es decir, verdad, justicia y reparación. Así se han variado los niveles de intervención de la Corte tratándose de las líneas generales de la política pública estatal. Es particular el uso de los autos de cumplimiento mediante los cuales se ha apropiado del problema y seguir la política⁵⁰. No se requiere entonces petición de parte para intervenir en los casos.

Más allá de los detalles de los autos, importa resaltar para los efectos de este texto que la Corte definió 12 componentes de la política pública y 5 enfoques diferenciales. Dentro de los primeros se encuentran atención y prevención, ayuda humanitaria de emergencia, vivienda, tierras, salud, participación, generación de ingresos, proyectos productivos, presupuesto y registro. Mujeres, niños, niñas y adolescentes, discapacitados, afro e indígenas, pero también se están trabajando dos enfoques que no están en los autos que son tercera edad y población desplazada con orientación sexual diversa.

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

La sentencia T-496 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba) hizo una detallada narrativa de la jurisprudencia de la Corte sobre el registro único para la población desplazada, precisando las reglas y los principios que deben regular la interpretación de las normas sobre el tema: (1) el bloque de constitucionalidad (art. 17 del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949 y los principios de los Desplazamientos Internos del Informe del representante del Secretario General de las UN, (2) los principios de buena fe, favorabilidad y confianza legítima y prevalencia del derecho sustancial propio del Estado Social de Derecho.

A partir de estas normas, señaló que el proceso de registro de un desplazado debe estar guiado por las siguientes reglas: (1) informe pronto, completo y oportuno de los servidores públicos a los desplazados de sus derechos y el trámite que

50 La Corte ha proferido alrededor de 80 autos de cumplimiento a la sentencia T-025 de 2004. Dentro de los principales, se encuentran: Nos. 176, 177 y 178 de 2005; Nos. 334, 335, 336 y 337, 218, 266, 333 de 2006; Nos. 27, 58, 81, 82, 101, 102, 109, 121, 130, 131, 167, 169, 170, 171, 180, 200, 206, 207, 208, 218, 219, 233, 234, 236, 248, 249, 250, 251, 262 de 2007; Nos. 052, 054, 237, 251, 284, 117, 116, 092, 093, de 2008; y Nos. 314, 266, 225, 011, 004, 005, 008 (persistencia del estado de cosas inconstitucional) y 009 de 2009.

deben realizar para exigirlos; (2) quienes diligencian el registro sólo pueden exigir el cumplimiento de los trámites y requisitos expresamente previstos en la ley; (3) respecto de las declaraciones y pruebas, en principio deben tomarse como ciertas, los indicios se reputan como pruebas válidas y las contradicciones en la declaración no son prueba suficiente de falta a la verdad; (4) la declaración sobre los hechos constitutivos de desplazamiento debe analizarse de tal forma que se tengan en cuenta las condiciones particulares de los desplazados así como el principio de favorabilidad, y (5) debido a las particulares circunstancias en las que se encuentran las personas desplazadas, en algunos casos resulta desproporcionada la exigencia que está en la normatividad de que la declaración haya sido realizada en el término de un año.

La Corte Constitucional, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrolla la política de atención a la población desplazada, el diseño de esa política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder para asegurar que el deber de protección efectiva de los derechos de todos los residentes del territorio nacional, sea cumplido y los compromisos definidos para tal protección sean realizados con seriedad, transparencia y eficacia. Particularmente importantes son en este sentido los autos que ha expedido la Corte en cumplimiento de la sentencia, ya que constituyen un mecanismo novedoso para auditar la observancia de las órdenes impartidas. El examen de estos autos será esencial en la SU que se expedirá este año para dar respuesta a la superación o no del estado de cosas inconstitucional.

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

declaratoria la congestión en los despachos judiciales porque en caso contrario muchas personas acudirían a la tutela solicitando la misma protección⁵¹.

A manera de conclusión

Una de las principales innovaciones que se introdujo en el sistema jurídico colombiano con la expedición de la Constitución de 1991, y gracias a la labor de creación y desarrollo del derecho que desde su primera jurisprudencia acometió la Corte Constitucional, es que ahora por vez primera en nuestra historia republicana el poder judicial es un poder político porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia: la Constitución *Política*. Ya en 1848 el constitucionalista chileno José Victorino Lastarria había escrito que, como todos los demás poderes, el poder judicial es un poder político del Estado⁵².

En nuestro contexto el poder judicial es un verdadero poder político porque el derecho aumentó el ámbito de sus competencias, en la medida en que sobre todos los poderes puede recaer el control jurisdiccional. Doctrinas aludidas atrás como el efecto de irradiación y la vinculación, no sólo de los órganos estatales sino también de los particulares, a los derechos fundamentales, han propendido por una efectiva constitucionalización del derecho⁵³. Además de la progresiva constitucionalización del derecho público y privado en Colombia, los procesos de recepción efectiva de instituciones neoconstitucionales en Colombia han tenido consecuencias interesantes en el ensanchamiento de la cultura constitucional, lo cual ha rendido a su vez efectos en la enseñanza del derecho, en el imaginario de quienes saben que la tutela amparará un derecho que les está siendo vulnerado y en algunos grados de disciplina con las prácticas del Congreso y el Gobierno debido a las subreglas en las cuales se han declarado inconstitucionales leyes o decretos por vicios de forma o de competencia.

La transición constitucional tuvo dentro de sus principales características, que hoy son vistas como verdaderos atributos por parte del constitucionalismo de la región,

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

52 José Victorino Lastarria, *Elementos de derecho constitucional*, 1848. Agradezco esta referencia a Jorge Contesse.

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

el que los derechos ya no estén necesariamente sujetos a leyes que reglamenten su ejercicio. Los derechos existían programáticamente porque sólo había un título de derechos civiles y garantías sociales y, adicionalmente, no había una acción para garantizarlos. No son además los derechos los que tienen que sujetarse a la ley, sino que la ley tiene validez en la medida que respete los derechos. La amplitud del catálogo de derechos no sólo se explica por aquellos consagrados en la Constitución, sino que con la expedición de una nueva carta en 1991 Colombia se inscribió en el movimiento internacional en virtud del cual los tratados de derechos se incorporan a las Constituciones. Una de las causas de esta modernización del sistema de derechos es que se haya establecido como razón de ser del Estado aparato la protección y garantía de los derechos. De la Constitución como límite al orden jurídico se ha evolucionado hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales, lo cual quiere decir que además de imponer límites al legislador, las constituciones contemporáneas amplían las exigencias a todos los poderes públicos

El rol judicial no consiste, como lo pensaban la jurisprudencia conceptual en Alemania y la escuela de la exegesis en Francia, en el supuesto del ordenamiento jurídico como claro, completo e internamente coherente, sino, como se sustenta en la actualidad, en la creación del derecho, así como en la protección de la Constitución mediante su aplicación a partir de la idea de naturaleza normativa y fuerza vinculante. Además de validar o invalidar la adscripción de otras normas de inferior jerarquía como pertenecientes al sistema jurídico (superioridad), la Constitución exige la aplicación directa de las garantías, los valores y los principios que la fundamentan (integridad).

En este sentido, la Constitución se constituye en un esquema para orientar la actuación de todas las ramas del poder público, porque las normas constitucionales de carácter dogmático garantizan los derechos de los ciudadanos frente al Estado y los poderes privados, por lo que también determinan muchas veces aquello que a las normas orgánicas les está permitido hacer, así como qué es lo que deben hacer. Ello torna imperativa la actuación de la Corte en casos de masivas, reiteradas y prolongadas violaciones sistemáticas de derechos fundamentales a poblaciones plurales. Resulta por ejemplo difícilmente discutible el avance que ha representado la tutela en términos de consolidación de la democracia en Colombia.

En el punto de intersección de la justicia constitucional con las políticas públicas hay que destacar que, como toda política pública, la principal característica de la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional, es su efectividad. Esto tiene relación con su función política y en particular con lo que se puede explicar desde el proceso de formación de las políticas públicas: identificar un asunto y justificar

que sea definido como problema que debe fijarse en la agenda. Sobre dicho proceso, y haciendo una descripción de nuestro sistema institucional, habría que decir que el diseño y la ejecución de las políticas públicas corresponde primordialmente al poder ejecutivo, incluyendo los entes territoriales (de conformidad con lo establecido por el artículo 115 constitucional), al gobierno nacional que inicia el proceso de ejecución con el plan de gobierno en la campaña (propuesta programática o como sea denominado) que, una vez en ejercicio del cargo, el gobierno básicamente lo convierte en el proyecto de la ley del plan nacional de desarrollo. Por tanto otras instituciones como las pertenecientes a la rama judicial deben formular políticas públicas. Lo que se entienda por política pública puede derivar en que hay en efecto intromisión de la Corte en dicho proceso, porque en este país en muchos contextos se considera que cualquier actuación del poder público para atender determinada cuestión social, es una política pública⁵⁴.

Es importante destacar que más que formular propuestas de política concretas, analizar las acciones puntuales idóneas tendientes a solucionar el problema detectado y ejecutar la política mediante la implementación de las medidas, la Corte respeta la competencia del ejecutivo en estos pasos de, digamos, materialización de la política. Tampoco es el compelido a diseñar la política definitiva ni, por tanto, a justificarla. La Corte se inserta en el proceso de formación de las políticas públicas, porque en efecto lo hace, al principio y al final. Primero ilumina una situación de violación de derechos que había estado oscurecida por la desidia política para impulsar al Estado aparato a que tome medidas de diseño, implementación, financiación y evaluación de las políticas. En concreto, tres etapas se pueden identificar en el rol que ha asumido la Corte respecto de la política concreta. Interviene protegiendo un derecho social en un caso concreto mediante una orden específica de garantía a ese derecho. Imparte otra orden para que se diseñe un programa de atención integral, luego como se dijo atrás de confrontar la realidad con un juicio de naturaleza constitucional. Además de impartir órdenes estructurales con remedios, establece unos plazos. En el diseño del remedio en el cual articula los dos tipos de intervenciones anteriores, agrega una serie de órdenes encaminadas a dinamizar procesos y a establecer parámetros sustantivos para evaluar los resultados de esos procesos, lo cual es acompañado con un seguimiento para evaluar si las órdenes impartidas fueron cumplidas o no, y en qué grado. La Corte no se desentiende del caso luego de impartir las órdenes, sino que exige que le rindan informes periódicos. Como la Corte es consciente de que estas órdenes tienen costo económico y pueden te-

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

ner un impacto fiscal en casos tan complejos como el desplazamiento, no ordena que se invierta un monto específico, sino que el ejecutivo diseñe una fórmula de financiación sostenible del nuevo plan que sea diseñado. Adicionalmente, invita a la sociedad civil a participar en el análisis de los que el gobierno está haciendo de tal forma que la intervención promueve la participación⁵⁵.

Debido a la inserción de la Corte en el proceso de formación de las políticas públicas, ha tenido que ser rigurosa en la caracterización de la doctrina. Ello se observa desde la sentencia que lo declaró por vez primera, SU-559 de 1997, hasta la versión más sofisticada de la misma, en la T-024 de 1995. En virtud de las declaratorias, ha exigido de las entidades públicas competentes una acción programada y les ha solicitado con posterioridad rendición de cuentas para realizar, conjuntamente con la entidad pública respectiva, la medición y evaluación de los indicadores respecto de los efectos o resultados esperados en la implementación de las políticas, por lo cual también puede sugerir reajuste de las medidas o modificación de sus objetivos.

No obstante el –muchas veces– criticado activismo judicial y la objeción relativa al papel co-legislador de los jueces⁵⁶, a juicio de numerosos académicos, juristas

55 Entrevista de Leonardo García Jaramillo, Lucas Arrimada, et al., a Manuel José Cepeda, para el programa radial *Última Instancia*, UNAM, México D.F. [http://ultimainstancia.podomotic.com/entry/2011-10-23T17_45_19-07_00\(X-15-11\)](http://ultimainstancia.podomotic.com/entry/2011-10-23T17_45_19-07_00(X-15-11)), disponible también en los blogs de Roberto Gargarella (<http://seminario-gargarella.blogspot.com/2011/10/entrevista-cepeda.html>) y Gonzalo Ramírez Cleves (<http://iureamicorum.blogspot.com/2011/10/manuel-jose-cepeda-entrevista-sobre-la.html>).

56 El debate en Colombia es amplio y complejo, pues ha vinculado diversos enfoques críticos, descriptivos y apologeticos. Más o menos se caracteriza por las posturas presentadas y los argumentos sustentados en obras: Sandra Morelli, *La Corte Constitucional: ¿Un legislador Complementario?* Bogotá: Universidad Externado, 1997; *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001. Alberto Carrasquilla, “Economía y Constitución: hacia un enfoque estratégico”, en: *Revista de Derecho Público*, No. 12, Universidad de los Andes, 2001. Sergio Clavijo, *Fallas y fallos de la Corte Constitucional*, Bogotá, Alfaomega – Cambio, 2001. Salomón Kalmanovitz, *Las instituciones colombianas en el siglo XX*. Bogotá: Alfaomega – Cambio, 2001. Alberto Alesina, *Reformas institucionales en Colombia*. Bogotá: Fedesarrollo, 2001. Mauricio García – César Rodríguez – Rodrigo Uprimny, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Op. cit. Boaventura de Sousa Santos – Mauricio García (eds.) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre, et al., 2001. Un buen ejemplo en la discusión se suscitó por la sentencia que declaró inconstitucional el sistema UPAC y ordenó que fuera reemplazado por otro, pero adicionalmente indicó los parámetros que debían seguirse (C-700 de 1999. M.P.: José Gregorio Hernández). El asunto materia de discusión tiene que ver en parte fundamental con la “competencia” de la Corte, no sólo en su acepción de atribución legítima para la resolución de un asunto, es decir la competencia funcional, sino incluso respecto de su idoneidad para intervenir en asuntos económicos. De un lado se objeta la jurisprudencia de la Corte, y se oyen manidas amenazas a la reducción legislativa de sus competencias funcionales, porque no tiene la potestad constitucional ni legal de proferir sentencias con contenido económico o que impliquen erogaciones presupuestales para el gobierno; de otro, se critica la falta de conocimiento de los magistrados en materias como hacienda pública, presupuesto y, en general, economía. Sobre esta cuestión, pero sustentando puntos de vista distintos, cfr.: Rodrigo Uprimny, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en: *Revista de*

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

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

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

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

Derecho Público No. 12. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, junio, 2001. Rodolfo Arango, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Op. cit. Desde los influyentes trabajo de Ignacio de Otto se ha reunido un más o menos sólido consenso en cuanto a que la Corte Constitucional es un legislador, opera en la práctica como un legislador, pero como uno negativo porque no propone *motu proprio* leyes ni cambios a la Constitución, es decir no actúa positivamente, pero en efecto cuando declara inconstitucional una ley o un acto legislativo (reformativo de la Constitución) legisla en la medida en que contribuye en la configuración de lo que hace parte del derecho en un país en un contexto determinado.

deben quedar al menos enunciados los temas que serán objeto de política pública. Al someter el gobierno a consideración del Congreso el proyecto de dicha ley, contribuyen en efecto en la configuración de la ley del plan las dos ramas del poder público con representación popular. Observamos no obstante que el diseño originario es potestad, y responsabilidad, del ejecutivo. Respecto de la política pública el Congreso con las leyes formula marcos normativos donde hay directrices a partir de las cuales se formulan las políticas públicas.

Ahora bien, subsiste la pregunta por el rol adecuado de integrar la función de la Corte en el proceso de las políticas públicas. La superioridad de la Constitución se guarda mediante la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas, leyes o actos legislativos, que contrarían sus mandatos y preceptos; la integridad de la Constitución se guarda desarrollando normativamente las provisiones que, en forma de garantías iusfundamentales, se incluyeron siguiendo una tendencia transnacional que además propugnaba por la necesidad de contar con mecanismos judiciales efectivos para dotar de contenido en casos concretos a la abstracta principialística constitucional.

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

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

Como actor político singularmente relevante en la pervivencia de nuestra democracia constitucional y su estabilidad a pesar de los embates de otros poderes, la Corte ha sido un protagonista institucional del proceso de formación de las políticas públicas. Desde sus mismos inicios cuando la integraban 7 magistrados por un artículo transitorio de la Constitución, se inició la configuración de lo que ahora es una jurisprudencia sólida en algunas materias, rigurosa en su argumentación y particularmente enfocada en el acceso a la justicia de quienes tradicionalmente han

estado por fuera del amparo judicial de sus derechos. En general, en nuestro caso no se ha presentado una obsequiosidad del Tribunal, ni con el poder ejecutivo al fallar políticamente según preferencias⁵⁷, ni con la opinión pública al resolver casos complejos conforme los dictados de mayorías.

Se procuró presentar argumentos relativos al momento en el cual la Corte interviene, pues la variable relevante en la discusión es que lo hace al inicio, señalando un problema y sustentando que debe merecer la atención estatal, y luego al final evaluando los resultados de las políticas diseñadas e implementadas por el gobierno. Si se examina específicamente cómo impacta lo que dice la Corte sobre la política pública del desplazamiento, tanto en la sentencia como en los autos, no está diciendo que la está creando sino que en principio tiene unos efectos sobre la referida política.

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

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

Debido a que las teorías y doctrinas jurídicas receptadas surgieron en contextos que, como el alemán o el estadounidense son democracias constitucionales más o menos justas (aunque no perfectamente justas), cuyos respectivos sistemas jurídico-políticos son en su mayor parte bien ordenados (Rawls), resulta importante, de un lado, reiterar que el proceso de recepción es —más que adoptativo— adaptativo, es

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

decir que debe responder a las particularidades sociales y políticas así como a los marcos jurídicos del contexto de recepción; de otro lado, resulta también significativo destacar que la doctrina del estado de cosas inconstitucional puede constituirse en un aporte del constitucionalismo colombiano a los procesos de aplicación del derecho en contextos marcados por la injusticia, la desigualdad y el déficit crónico en la protección de derechos.

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

La T-024 planteó lineamientos generales acerca del fenómeno del desplazamiento, como haberlo declarado estado de cosas inconstitucional, pero fue a través de los autos, el 07 y en particular el 08 que ordena la reformulación de las políticas públicas en atención al fenómeno, las que en realidad configuraron la actuación de la Corte en el ciclo de formación de las políticas públicas sobre el particular. Este auto ordena al gobierno la reformulación por ejemplo acerca de verdad, justicia y reparación, acerca de tierras, de vivienda. A raíz de esto se crearon también unos autos de enfoque diferencial porque aparte de una reformulación de la política de vivienda, se vio la necesidad de realizar la reformulación desde un enfoque diferencial (mujeres, afro-colombianos, indígenas). Estos enfoques diferenciales son transversales a todos los componentes de la política como vivienda, salud y educación. El auto 08, si bien reconoce los logros alcanzados en algunos derechos, sustentó que aún no se ha logrado un avance integral en el goce efectivo de los derechos de la población víctima del desplazamiento forzado; señaló también el límite final que tenía el gobierno para presentar el informe sobre las actuaciones tendientes a superar al estado de cosas inconstitucional, el cual deberá ser evaluado por la Corte.

La Corte colombiana es considerada en Iberoamérica una de las más activas y proactivas, la que más ha judicializado problemas públicos y de la política. Desde muchos sectores se ha sostenido que debido a que los derechos sociales son prestacionales, deben desarrollarse mediante políticas públicas diseñadas por los actores tradicionales. Es particularmente relevante analizar desde que punto definen los problemas públicos, cómo es el tratamiento de la cuestión, cual es el impacto de sus decisiones en este contexto respecto de la modificación de la agenda que logra, y en qué medida, modificar el diseño de las políticas que han hecho los actores tradicionales, es decir, el ejecutivo y el legislativo.

El caso de los desplazados es interesante por el tamaño de la población beneficiaria de las medidas.

Los debates sobre el rol político del tribunal constitucional se remontan hasta el famoso debate entre Kelsen y Schmitt en la Alemania de 1930, y se han extendido hasta la actualidad por medio de distintos autores, disciplinas y escenarios. El problema de los desplazados ha sido una labor interesante por los recursos y los instrumentos que son escasos, la necesidad de recurrir a cooperación internacional para financiar la oficina de seguimiento que se creó dentro de la propia Corte para examinar la política pública. Este caso ha sido un experimento en marcha, tanto por las posibilidades como por los límites de la justicia constitucional.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor – Curtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.
- , *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- , (ed.) *Judicial Protection of Internally Displaced Persons: The Colombian Experience*, Washington DC: The Brookings Institution-University of Bern, 2009.
- , *Superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado*. Documento presentado ante la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, Bogotá, 2008. Me baso en la versión manuscrita facilitada por el autor.
- Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2da ed., 2010.
- Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009.
- , *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Burnham, Margaret A., “Cultivating a Seedling Charter: South Africa’s Court Grows its Constitution”, *Michigan Journal of Race and Law*, Vol. 3, No. 29, 1997.
- Carbonell, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 4ta ed., 2009;
- , (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- Carbonell, Miguel – García Jaramillo, Leonardo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010; Madrid, Trotta, 2da ed., 2010.

- Carrasquilla, Alberto, “Economía y Constitución: hacia un enfoque estratégico”, *Revista de Derecho Público*, No. 12, Universidad de los Andes, 2001.
- Cepeda, Manuel José, *Polémicas Constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007.
- Clavijo, Sergio, *Fallas y fallos de la Corte Constitucional*, Bogotá, Alfaomega - Cambio, 2001.
- Crossman, Brenda – Ratna, Kapur, “Secularism’s Last Sigh?: The Hindu Right, the Courts, and India’s Struggle for Democracy”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 38, No. 113, 1997.
- Dornbach, Alajos, “Retroactivity Law Overturned in Hungary”, *East European Constitutional Review* No. 1, 1992.
- Dworkin, Ronald, “The moral reading and the majoritarian Premise”, Introducción: *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996.
- , “Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2da ed., 2010.
- Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en: Miguel Carbonell – Rodolfo Vázquez (eds.) *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México D.F., Siglo XXI, 2002.
- , *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.
- Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 2da ed., 2007.
- García Villegas, Mauricio – Rodríguez, César – Uprimny, Rodrigo, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.
- Gargarella, Roberto – Domingo, Pilar – Roux, Theunis (eds.) *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Aldershot, Ashgate, 2006.
- Holmes, Stephen, “Precommitment and the paradox of democracy”, en: Jon Elster – Rune Slagstad (eds.) *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge University Press, 1988.
- Kalmanovitz, Salomón, *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*, Bogotá, Norma, 2001.
- López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2da ed., 2006.
- , *Interpretación constitucional*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2002.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- Sripati, Vijayashri, “Toward Fifty Years of Constitutionalism and Fundamental Rights in India: Looking Back to See Ahead”, *American University international Review*, No. 14, 1998.
- Sunstein, Cass, *The Second Bill of Rights*, New York, Basic Books, 2004.

Sunstein, Cass – Holmes, Stephen, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton, 2000.

Yang, Kung, “The Constitutional Court in the Context of Democratization: the Case of South Korea”, *Verfassung und Recht in Ubersee* No. 31, 1998.

Zifcak, Spencer, “Hungary’s Remarkable, Radical, Constitutional Court”, *Journal of Constitutional Law in Eastern and Central Europe* Vol. 3, No. 1, 1996.