

# ACTIVISMO JUDICIAL Y PROGRESO SOCIAL EN EL MARCO DE UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

L. García Jaramillo<sup>1</sup>, Universidad EAFIT

Recibido mayo 16 de 2011- Aceptado, noviembre 15 de 2012

<http://dx.doi.org/10.18566/puente.v7n1.a12>

**Resumen-** Sin exageración puede afirmarse que Colombia es uno de los países latinoamericanos en los cuales mayor influjo han ejercido diversas teorías jurídicas y doctrinas jurisprudenciales trasnacionales, las cuales surgieron desde 1970 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, 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 por la recepción de teorías jurídicas y doctrinas jurisprudenciales trasnacionales, sino también por aquellas doctrinas que se han creado para responder a las particularidades del injusto y desigual contexto social en el cual deben aplicarse las provisiones constitucionales.

**Palabras clave-** activismo judicial, desplazamiento forzoso, justicia social, neoconstitucionalismo.

**Abstract -** Without hesitation it can be argued that in Latin America our country is one in which greater influence have had different legal theories and judicial doctrines that emerged, basically, in Europe since 1970 when the fascism and the dictatorships were overthrown. 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 enforce of constitutional norms. The richness of Colombian constitutionalism is manifest 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 enforced constitutional provisions.

**Key words -** internally displaced persons, judicial activism, new doctrines of public law, social justice.

<sup>1</sup> L. García Jaramillo. Profesor del pregrado en Ciencias Políticas de Universidad EAFIT, e-mail: lgarciaj@eafit.edu.co

## I. INTRODUCCIÓN

Desde que Italia y Alemania derrocaron al fascismo, y posteriormente Portugal y España dejaron atrás a la dictadura, se inició un proceso históricamente inédito de transformación jurídica que involucró de forma paulatina a todas las esferas del poder público, con radicales incidencias en lo político y lo social. Los cambios institucionales estuvieron en todos los casos enmarcados por la innovación de los textos constitucionales respecto de lo orgánico y lo dogmático. Dentro de las características transversales a estos cambios se destacan, respecto de lo primero, la organización de los parlamentos en su estructura y funciones, la creación de nuevas instituciones como tribunales constitucionales, procuradurías o defensorías públicas y juntas monetarias, la renovación o ajuste del procedimiento para la expedición de las leyes, la definición de la organización territorial y la relación entre el gobierno federal y el estatal.

Respecto de lo segundo, la ampliación del catálogo de derechos incluyendo los sociales y dotando de mayor precisión a los derechos de libertad, la inclusión de principios de naturaleza moral (libertad, igualdad, solidaridad, pluralismo, justicia y dignidad humana), la consagración de los estados, de forma prácticamente invariable, como sociales o democráticos de derecho fundados en la dignidad de la persona y cuya soberanía reside en el pueblo. Así lo consagran las respectivas constituciones: “Italia es una República democrática fundada en el trabajo” [1], [2], [3] y [4].

Otros dos aspectos que permiten hacer referencia a un cambio trascendental respecto de lo que había sido el constitucionalismo europeo, son la extensión, pues se trata de textos con un contenido significativamente mayor, y la rigidez, pues su vocación de permanencia en el tiempo se observa en el proceso que el propio texto establece para su reforma.

Sin atisbo de exageración puede afirmarse que Latinoamérica ha asistido, con bemoles particulares según los contextos, a un dinámico proceso de renovación institucional que es en gran medida heredero de las transformaciones acontecidas en

Europa durante la segunda posguerra. El cambio inició igualmente con una renovación de la dogmática jurídica en general, lo cual no sólo ha comportado la expedición de nuevos textos constitucionales sustancialmente distintos de sus predecesores, sino también la renovación de las prácticas jurisprudenciales y de la literatura jurídica que, por desarrollos propios y por traducciones, ha procurado no sólo abordar las teorías analíticamente con rigor y propiedad, sino también dotarlas de rendimientos prácticos en la solución de diversos problemas jurídicos que se presentan al aplicar textos constitucionales sustantivos en contextos marcados por la desigualdad estructural en el ingreso, la pobreza, el déficit en la realización de derechos y los problemas de representación política real ante las instancias de decisión política. No sólo la desigualdad medida por el índice de Gini aumenta en los países de la región, sino también la desigualdad en la participación de la sociedad en general en la configuración de las políticas públicas sociales acuciantes.

América Latina viene presentando el índice de Gini más alto en el mundo, incluso respecto de África o el cercano Oriente. En los años 90, África subsahariana presentaba un índice de Gini de 4,7 mientras que el de América Latina era de 49,3. Es llamativo constatar que la desigualdad en los países de la región aumenta de forma directamente proporcional a los grados de crecimiento económico que se registran. En 2004 el Banco Mundial expresó que *“América Latina sufre de una enorme desigualdad... Se trata además de un fenómeno invasor que caracteriza a cada aspecto de la vida como el acceso, a la educación, la salud y los servicios públicos; el acceso a la tierra y a otros activos; el financiamiento de los mercados de crédito y laborales formales y la participación e influencia política”*. El informe 2010 del PNUD inicia afirmando que *“La desigualdad es una de las principales características que definen la historia de América Latina y el Caribe. Una muy alta y persistente desigualdad que, acompañada de una baja movilidad social, han llevado a la región a caer en una “trampa de desigualdad”. En un círculo vicioso difícil de romper”* [5] Quizá pertinente recordar a Carlos Fuentes: *“Algo se ha agotado en A. Latina: los pretextos para justificar la pobreza”*.

En Colombia se recibieron en general con optimismo las cifras del tercer trimestre de 2011 en materia de crecimiento económico (7,7% del PIB) y de desempleo formal (9,2%), ya que ésta última por ejemplo hace varios años no llegaba a un dígito. Principalmente a la explotación petrolera y minera

(18,4%), y a la construcción (20,9%) se le adeuda dicho crecimiento. Antes de sentirnos tan optimistas debemos examinar si el empleo formal aumentó en estas áreas en grado similar, ya que un país puede crecer económicamente y al mismo tiempo empobrecerse su población [6]. Aumentan los ingresos pero por problemas de redistribución, aumenta correlativamente la desigualdad y se exacerba la brecha de la separación social.

El proceso de cambio institucional liderado por reformas constituciones que se ha llevado a cabo en América Latina desde hace dos décadas, es deudor de forma significativa de los cambios institucionales acontecidos en el viejo continente y constituye el que podría denominarse primer verdadero constitucionalismo latinoamericano. Dicho proceso ha estado enmarcado por un período de cambio constitucional que inició con la expedición de la Constitución de Brasil en 1988, pero sobre todo la Constitución Política de Colombia de 1991, y culminó con la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia en 2009. En el medio se comprende la expedición de las siguientes constituciones: Paraguay en 1992, Perú en 1993, Venezuela en 1999 y Ecuador en 2008. El impacto de los elementos del nuevo paradigma constitucional permeó asimismo otros contextos que, si bien no cambiaron de constitución, sufrieron reformas estructurales importantes. Dentro de los procesos de reforma se destaca el argentino, el costarricense y el mexicano – en 1994 en materia del desarrollo del control de constitucionalidad y en 2011 sobre derechos humanos, que incluye el bloque de constitucionalidad y el principio de interpretación a favor de los derechos más amplios.

En tanto guardiana de la integridad de la Constitución, pero particularmente por su papel comprometido con el desarrollo del derecho, la Corte ha receptado instituciones judiciales y doctrinas constitucionales surgidas de diversos contextos, como el germano, el español, el francés, el italiano y el estadounidense, para responder a la disociación entre una Constitución garantista, incluyente e igualitaria, y un contexto social que dentro de los elocuentes factores sociales que registra, se encuentran la desigualdad extrema, el desempleo, las millones de personas víctimas del desplazamiento forzado, la mitad de ciudadanos por debajo de la línea de pobreza y la pobreza extrema en un alto grado; altos índices de criminalidad, impunidad y corrupción.

No son ajenas ni a la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales, ni a la enseñanza del

derecho o a la literatura jurídica en general, concepciones como, por ejemplo, interpretación sistemática y naturaleza normativa de la Constitución, ni contenido esencial, eficacia entre particulares y efecto de irradiación hacia el ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales. La riqueza del constitucionalismo colombiano se revela, entonces, no sólo por la recepción de teorías jurídicas y doctrinas jurisprudenciales de circulación transnacional, sino también por aquellas doctrinas que se han creado. Por esta razón, en una obra conmemorativa de las dos primeras décadas de la Constitución, reviste de especial interés analizar las formas que ha encontrado la Corte para responder ante esta disociación. Una de las principales, sino la más, es la doctrina del estado de cosas inconstitucional.

La Corte Constitucional se reconoce en la región como particularmente alineada con causas progresistas y con el garantismo que comportan las provisiones constitucionales. Sus decisiones la han situado cada vez más a la vanguardia del constitucionalismo en la región [7, 8, 9, 10, 11]. 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 el examen relativo a la novedad del constitucionalismo colombiano. Se ha argumentado que la Corte es el tribunal judicial más poderoso del mundo, incluso respecto de la Corte Suprema de los Estados Unidos [12], asimismo que supone el punto de inflexión que marca el inicio y establece las bases para el desarrollo de una forma constitucional propia durante las dos últimas décadas en Latinoamérica [13]. Los rasgos pioneros que marcaron el cambio de paradigma constitucional en 1991, serán desarrollados por los procesos adelantados en Venezuela, Ecuador y Bolivia [14].

Una pregunta que se podría formular es si podemos argumentativamente distinguir 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 o reemplazo a los órganos encargados del diseño y la ejecución de las políticas públicas, como son el ejecutivo y el legislativo. Considero que plantear la distinción es útil porque permitirá analizar con mayor rigor y menores grados de ideologización, las sentencias que toma la Corte en casos controvertidos. Es posible, de un lado, afirmar la naturaleza deseablemente progresista de ciertos casos tomados en ejercicio de un objetado activismo, y de otro, considerar que no se trata de una pretensión de sustituir otras

instituciones públicas desequilibrando el poder mediante una atribución excesiva de competencias.

## II. ELEMENTOS DE LAS TRANSFORMACIONES DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

En el marco de la proclamación normativa con eficaz garantía de los derechos fundamentales, los procesos de reforma constitucional requirieron de renovadas doctrinas judiciales y planteamientos teóricos que permitieran responder sólida y sistemáticamente ante los procesos de implementación de las provisiones constitucionales. De manera paulatina se evidenció un cambio en la dogmática jurídica, es decir, un cambio en los textos constitucionales, en los códigos y demás leyes –no sólo en momento de su interpretación judicial mediada por el proceso de constitucionalización del derecho, sino desde la misma proclamación legislativa–, y también en las teorías del derecho que respaldan la comprensión de cada campo normativo, lo cual vincula a la academia jurídica y a la doctrina.

El constitucionalismo latinoamericano tuvo un nacimiento tardío pero un desarrollo precoz: tardío, en la medida en que décadas transcurrieron desde el origen de los cambios hasta su implementación local –con algunas dictaduras que ensangrentaron las democracias de países de la región; precoz, toda vez que los avances son apreciables en el desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales durante las tres últimas décadas, lo cual en países europeos tardó en consolidarse casi dos siglos. Naturalmente un análisis sobre el tema tendría que distinguir entre la consagración constitucional y normativa –vía por ejemplo bloque de constitucionalidad–, el desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales –de la exigibilidad de los derechos sociales, por ejemplo [15]– y la garantía efectiva otorgada a los derechos por parte de las instituciones del poder público.

Con importantes similitudes a los procesos de reforma institucional acontecidos en Europa, dentro de los cambios afines en la parte dogmática de las constituciones en América Latina se destaca la superación de la adscripción o del reconocimiento de los Estados como confesionales y la adopción de una correlativa separación entre la iglesia y el Estado, dotando de mayor consideración pública al pluralismo religioso respecto de las funciones de los organismos del Estado y las competencias y prerrogativas atribuidas a la iglesia católica, tradicionalmente dominante como depositaria de la fe de los pueblos vecinos. Si bien de distintas formas se invoca el nombre o la protección de

Dios en los preámbulos de las nuevas constituciones, se consagró la libertad de cultos, lo cual hace a los estados latinoamericanos no teístas ni ateos, sino laicos. Se reconocen las diversas formas de religiosidad y espiritualidad, como dice la Constitución ecuatoriana. El fundamento de esta forma de Estado no sólo es la igualdad de todos los ciudadanos, la garantía de los derechos sin configuraciones relativas a alguna fe particular, sino también la soberanía popular y la protección de las creencias de las minorías. En Colombia la Constitución de 1991 amplió el reconocimiento a las cerca de 1.500 iglesias existentes.

Se extendieron los catálogos de derechos incluyendo no sólo sociales sino también derechos al medio ambiente sano y las nuevas tecnologías. [16] Además de reiterar en la importancia de salvaguardar la libertad, se incluyeron principios como igualdad, solidaridad, pluralismo, justicia, dignidad humana, autodeterminación nacional y responsabilidad social. Se receptó la fórmula, de forma casi también invariable respecto del contexto europeo, del Estado social y democrático de derecho, fundado en la dignidad de la persona y cuya soberanía radica en el pueblo. Así: Colombia es un Estado social de derecho (art. 1), Venezuela es un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia (art. 2), Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (art. 1) y Bolivia que se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías (art. 1). Aunque la Constitución de Perú no adscribe formalmente al modelo ideológico del Estado Social de Derecho, o a alguna de sus variaciones, el art. 3º consagra una cláusula de derechos innominados según la cual la enumeración de los derechos no excluye otros que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Se consagró en general la forma central del Estado, pero con una administración descentralizada. En los países que cambiaron en las últimas dos décadas de constitución política, se vive en general en una disociación permanente entre el plano normativo: el garantismo, la inclusión y el igualitarismo de las provisiones constitucionales; y el plano fáctico: la desigualdad, el desempleo, el subdesarrollo, los millones de personas víctimas del desplazamiento forzado, la mayoría de ciudadanos por debajo de la línea de pobreza y la pobreza

extrema en un alto grado; altos índices de criminalidad, impunidad y corrupción. 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 y desarrollo. Colombia, según el ex consejero presidencial para la prosperidad, Samuel Azout, es el cuarto país más desigual del mundo en términos de distribución del ingreso, pues el índice Gini es de 0,58.

Los modestos grados de crecimiento económico que se han alcanzado no han repercutido en un beneficio compartido por el gran número de ciudadanos, ya que correlativamente aumentan los indicadores tales como la confianza inversionista traducida en mayor inversión extranjera, aumentan los niveles de pobreza, pobreza extrema y desigualdad. Esto nos permite aseverar que muchas medidas que los gobiernos han tomado en desarrollo de la Constitución, no son siquiera utilitaristas, pues no benefician a un gran número de personas. [17] Pareciera que estamos cada vez más lejos de modelos normativos de democracia como el que se deriva de planteamientos como los de Rawls, conforme al cual las desigualdades sociales y económicas deben de resolverse de modo tal que redunden en el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad. [18]. En este mismo sentido podría dejarse planteada una idea: por los enormes problemas de representación política real de la gran mayoría de ciudadanos en las sociedades latinoamericanas, la conocida objeción contramayoritaria al poder judicial debe ser repensada en su denominación cuando se trata de objetar el papel activista de los tribunales que deben impartir justicia en tales contextos, pues no es precisamente contra las mayorías que se decide, sino contra los pequeños grupos cuyo poderío económico se traduce en mayor representación ante las instancias de decisión política. Los parlamentos están integrados cada vez menos por mayorías.

Dicha disociación se explica en otra característica transversal de los procesos de reforma, cual es el hecho de que se trata de un constitucionalismo aspiracional porque las constituciones promulgadas en las últimas décadas en los países latinoamericanos no organizan exclusivamente el Estado en sus organismos, funciones y competencias, sino que también consagran un tipo de sociedad a la que se aspira. Reflejan un descontento con la situación actual de sus sociedades, por lo cual además de descriptivas son prescriptivas con alto contenido normativo, por lo cual contienen numerosas cláusulas de realización progresiva. De este tipo de

constitucionalismo, a su vez, se deriva que el primer cambio en las constituciones es en su catálogo de derechos, pues en un contexto donde hay tanto descontento en una sociedad lo más natural es que la norma que regirá sus destinos no sólo organice las cosas como están, sino también que consagre un proyecto de país hacia donde se quiere llegar. Además de la consagración de nuevos derechos y principios, se han implementado políticas de acción afirmativa a partir del reconocimiento constitucional a sujetos de especial protección (indígenas, minorías políticas, desplazados, mujeres y afro descendientes). La apertura al derecho internacional de los derechos humanos es también un rasgo común en los procesos de renovación institucional latinoamericana.

La modificación en el sistema de fuentes se encuentra dentro de los principales cambios en la parte dogmática, es decir, en la parte de la Constitución que consagra derechos, incluye principios y adscribe a una determinada fórmula política. Actualmente la jurisprudencia se ha involucrado en el estudio de problemas teóricos generales sobre la naturaleza general y social del derecho y su relación con la justicia y la moral, versando igualmente sobre el funcionamiento y la disposición de los conceptos jurídicos que son utilizados en casos particulares. A la jurisprudencia constitucional subyace actualmente una ideología que irradia todas las instituciones, la cual se vislumbra con meridiana claridad en el respeto constitucional al pluralismo, a la primacía en proteger la igualdad sin desamparar la libertad y en la necesidad de contar con una economía libre pero solidaria de mercado. La consagración de la dignidad y la forma de su protección amparando la autonomía individual, hace al colombiano un constitucionalismo particularmente liberal. Además, se ha introducido la jurisprudencia internacional de tribunales especializados en protección de derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Latinoamérica. La jurisprudencia se ha constituido en muchos casos en fuente primaria de la conciencia jurídica, es decir, en la principal fuente de la forma en la cual se comprende y practica el derecho en el ámbito académico y profesional.

Se amplió la facultad de iniciativa legislativa a otros organismos, pues previamente estaba concentrada exclusivamente en los poderes legislativo y ejecutivo. Se reconoce como un significativo logro la incorporación de mayores espacios de participación ciudadana. Con diferencias contextuales, se evolucionó de una democracia representativa a una democracia participativa. Se crearon instituciones electorales autónomas y se

procuró fortalecer los órganos de control. Se reorganizaron los parlamentos, se crearon instituciones como tribunales constitucionales, defensorías públicas y juntas monetarias, y se realizaron cambios al proceso legislativo para la expedición de leyes y la aprobación de reformas constitucionales. Se avanzó hacia los mecanismos de justicia constitucional y se consagraron formas de protección judicial para hacer efectivos los derechos y aplicar la constitución no sólo respecto de los particulares y el Estado, sino también de las relaciones entre particulares.

Se pretendió dotar de mayor equilibrio a los órganos de poder, lo cual en algunos casos se ha visto menguado por el correlativo poder de cooptación institucional que ha conseguido el presidente. A ello se articula alguna tendencia a las reformas para conseguir la reelección presidencial, lo cual ha conducido a un reforzamiento del “hiper-presidencialismo” (Nino). Se observa una preocupación constitucional por fortalecer el poder judicial y garantizar la separación entre las ramas del poder público, receptando así la idea de los frenos y contrapesos que si bien se encontraba ya en algunos casos reconocida constitucionalmente, la falta de efectividad de los órganos creados para resguardarla la tornaba una garantía inocua.

En casos como el colombiano, el ecuatoriano y el boliviano, se trata de un constitucionalismo de la diversidad toda vez que el principio del pluralismo cultural se dotó de particular efectividad, tanto por su consagración como por la posibilidad brindada por las propias constituciones de ratificación de tratados internacionales en los cuales se amparan derechos de pueblos indígenas y sujetos de especial protección. Igualmente la mayor extensión pero sobre todo la vocación de rigidez de las nuevas constituciones latinoamericanas –en la medida en que establecen sus propias condiciones de modificabilidad de manera más estricta respecto del procedimiento legislativo ordinario–, constituyen dos aspectos afines al contexto europeo que permiten referir a un robusto constitucionalismo latinoamericano, o aquello que tempranamente se ha denominado “neoconstitucionalismo”, con particular repercusión en México, Colombia, Brasil, Ecuador y Argentina.

Los perfiles del neoconstitucionalismo están bien reconstruidos en las siguientes obras: M. Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 4ta ed., 2009; (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid, Trotta, 2007; & L. García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011. S. Sastre, Ciencia

jurídica positivista y neoconstitucionalismo. Madrid, McGraw Hill, 1999. L. Prieto Sanchís, Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid, Trotta, 2003. M. Aienza, J. Aguiló & J. Ruiz Manero, Fragmentos para una teoría de la Constitución. Madrid, lustel, 2007. V. Ferreres, Justicia constitucional y democracia. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da ed., 2007. L. Roberto Barroso, El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. México D.F., UNAM-IIIJ, 2008. J. J. Moreso, Constitución. Modelo para armar. Barcelona, Marcial Pons, 2009. A. García Figueroa, Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. Madrid, Trotta, 2009. L. Clérico, El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional. Buenos Aires, Eudeba, 2009. M. Carbonell (ed.) Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad. México D.F., Porrúa, 2011.

La rigidez de la constitución es, conjuntamente con su garantía jurisdiccional, su fuerza vinculante y la posibilidad de interpretarse extensivamente, uno de los principales elementos que contribuyen al proceso de constitucionalización del derecho, de esta forma, se constituye en un elemento esencial de la doctrina neoconstitucional. Para Ferrajoli, la rigidez constitucional es un rasgo estructural de la constitución vinculado con su posición en la cúspide de la jerarquía normativa. [19]

### III. CONSTITUCIÓN ORGÁNICA/CONSTITUCIONALISMO SUSTANTIVO

El constitucionalismo operó históricamente desde una tradición de escepticismo frente a los poderes establecidos. Acentúa la dimensión de límite al poder, [20] por lo cual se entiende que la única protección demandada al Estado era por derechos de defensa y derechos de libertad. La consolidación del Estado constitucional luego de la segunda mitad del siglo XX, constituye una aproximación de las vertientes garantista y dirigente del constitucionalismo, los cuales hasta entonces habían recorrido caminos separados. [21]. De la primera se retoma la fuerza normativa de la Constitución y su garantía jurisdiccional; la segunda se refleja en el recurso a la Constitución como instrumento de realización de un proyecto de Estado que, en general, se propone superar el estado de cosas realmente existente. Antes las constituciones consagraban fundamentalmente normativa programática, que podría ser o no desarrollada legislativamente, y

contenidos orgánicos que establecían las instituciones del poder público, sus funciones y competencias. El neoconstitucionalismo, que amplía de forma complementaria en vez de excluyente los contenidos del constitucionalismo tradicional, se puede defender como una forma sustantivada de constitucionalismo.

Conforme a Comanducci el constitucionalismo es una ideología dirigida a limitar el poder y garantizar una esfera de derechos fundamentales, mientras que el neoconstitucionalismo no se presenta de manera exclusiva como ideología, metodología o teoría, sino de forma concurrente con estos tres aspectos. De ahí la importancia de no presentar un contexto articulado con la fenomenología neoconstitucional a partir exclusivamente de una nueva constitución, una renovada literatura jurídica y doctrina, y una desarrollada práctica judicial, sino que el neoconstitucionalismo exige en su mejor versión un estudio desde un punto de intersección entre estos tres elementos. Barberis caracteriza el neoconstitucionalismo como una posición filosófico-jurídica para la cual es inexistente la distinción necesaria o conceptual entre el derecho y la moral, la cual en el contexto italiano, que luego ejercería importante influencia en Iberoamérica, comienza a perfilarse a partir de las críticas dirigidas contra el positivismo en la década de 1970 por parte de Sartori y Matteucci, y que en general recibirá un impulso definitivo bajo la influencia de Dworkin y Alexy.

En contextos de disociación entre la normativa constitucional garantista y el contexto social estructuralmente desigual, y en el marco de un constitucionalismo democrático, los órganos del Estado tienen la obligación de mejorar las situaciones de desigualdad social y estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos. Así lo expresó la Corte Constitucional Colombiana en sentencia T-025/04, en la cual declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado interno.

Una aproximación al problema lo he intentado realizar en mi texto “La doctrina jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional. Respuesta judicial a la necesidad de reducir la disociación entre las consagraciones de la normatividad y la realidad social”, contribución al libro: 20 años de la Constitución Política Colombiana. M. Montoya Brand (ed.) Universidad EAFIT, Escuela de Derecho, 2012.

Debe reconocerse que en sociedades desiguales como las latinoamericanas, los derechos sociales deben protegerse de forma que resulte efectiva la garantía contenida en ellos, porque de lo contrario a la gran mayoría de personas no les sería posible disfrutar tampoco de los derechos de libertad. La función de las autoridades públicas respecto de la realización de los derechos, no sólo consiste en la garantía de esferas libres de interferencia ajena a los ciudadanos, es decir impedir que organismos del Estado maten, desaparezcan o torturen, sino también en asegurar condiciones materiales mínimas de existencia, de lo cual emana la realización estatal progresiva de los derechos sociales [22]. Del principio de realización progresiva se deriva la prohibición de retroceso [23]. El déficit en la protección de estos derechos imposibilitará la realización de una democracia constitucional fundada en la garantía a la dignidad, en el respeto del principio de igualdad de oportunidades y en la realización de los derechos como fin del Estado.

Los liberales individualistas radicales, como los seguidores de von Hayek y Nozick, defienden una visión minimalista del Estado en virtud de la cual su función es proteger las esferas libres de interferencia ajena representadas en los derechos liberales clásicos, es decir, la libertad negativa (intimidad, libertad de expresión y propiedad privada, por ejemplo). Al contrario, desde el neoconstitucionalismo se sustenta una visión (maximalista) de la democracia conforme a la cual el Estado en sociedades no bien ordenadas, además de los derechos liberales debe proteger los derechos sociales porque procuran crear las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igualdad, esencial para el ejercicio efectivo de la libertad. La garantía a los derechos sociales es un presupuesto para el ejercicio de los derechos de libertad para la gran parte de la población con sus necesidades básicas insatisfechas.

Aquellos verdaderamente comprometidos con la protección de los derechos de libertad, deben reconocer que en sociedades profundamente desiguales como las latinoamericanas los derechos sociales deben ampararse de forma tal que resulte efectiva la garantía contenida en ellos. Sólo si existieran las libertades negativas todos serían igualmente libres pero no todos tendrían igual poder, ya que gozarían de una igualdad meramente formal. La igualdad material se consigue a partir de la protección de los derechos sociales que sitúan a las personas en la posición de poder de hacer aquello que son libres de hacer. Un trato por parte de los organismos del Estado desentendido de las circunstancias particulares de vida, implicaría hacia

una numerosa población un trato indigno por la desprotección de su libertad ocasionada por la desigualdad material estructural que los sitúa en condiciones de vulnerabilidad. La dignidad en cuanto derecho ha sido desarrollada por parte de la jurisprudencia constitucional respecto de tres dimensiones: “vivir como se quiera”, es decir que se debe respetar un ámbito de autonomía de la persona como agente moral libre y por ende asegurar el derecho a plantearse un plan de vida y a seguirlo; “vivir bien” con condiciones mínimas sin las cuales no se tiene un grado aceptable de calidad de vida; y “vivir sin humillaciones” para poder mantener la intangibilidad de la integridad física y moral (T-881 de 2002).

El reconocimiento de los derechos sociales requiere la intervención directa del Estado hasta tal punto que también se denominan derechos de prestación, precisamente porque requieren que el Estado intervenga mediante prestaciones adecuadas. [24] Por esta razón la Corte Constitucional Colombiana eliminó la separación constitucionalmente consagrada entre derechos fundamentales y derechos sociales. La protección a los derechos sociales procura crear las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igualdad, que es esencial para el ejercicio efectivo de la libertad. Los derechos sociales de muchas personas (la mayoría, de hecho, en sociedades tan desiguales como las latinoamericanas) son precondiciones para el ejercicio de los clásicos 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, asociación 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”. [25]

Barack Obama, en su discurso de aceptación del premio Nobel de Paz en 2009, afirmó que “una paz justa incluye no sólo derechos civiles y políticos, sino que tiene que abarcar la seguridad económica y las oportunidades. Para alcanzar una verdadera paz no sólo hay que estar libre de temor, sino también libre de carencias. Es indudablemente cierto que el desarrollo rara vez se arraiga sin seguridad, pero también es cierto que la seguridad no existe allí donde los seres humanos no tienen acceso a alimentación suficiente, agua potable, medicamentos o a refugio, lo cual necesitan para sobrevivir. No existe cuando los niños no pueden aspirar a una

educación decente o a un empleo que pueda mantener a una familia. La falta de esperanza puede podrir a una sociedad desde su interior” [26]. Para que no se piense que se trata de una reclamación exclusivamente desde la izquierda, Germán Vargas Lleras, ex precandidato presidencial en Colombia por el partido Cambio Radical, cómodamente ubicado a la derecha del espectro político, tenía como uno de sus lemas: “la paz sin justicia social es efímera”.

La Corte si bien reconoce que la corrección de las desigualdades sociales debe hacerse a partir de medidas legislativas, porque está sujeta a apropiaciones presupuestales, ello no justifica que sea aplazado indefinidamente hasta cuando el Congreso le preste atención al problema. Ante la indiscutida gravedad de la situación de comunidades plurales de personas a las que, como consecuencia de problemas estructurales en la política estatal, se les vulneran de forma masiva, prolongada y reiterada los derechos a la vida digna, integridad personal, igualdad, trabajo, salud, seguridad social, educación, mínimo vital y protección especial a las personas de la tercera edad, mujer cabeza de familia y niños ¿cuál debe ser el rol apropiado de una institución sin representación popular, que no tiene injerencia directa en la forma en la cual se destina el presupuesto de la nación y que no tiene un rol bien definido ni en la Constitución ni en la ley en el proceso de formación de las políticas públicas?

Otro ejemplo interesante de este fenómeno lo constituyen los fallos que han otorgado una serie de derechos a las parejas homosexuales, las cuales habían dado una completamente fracasada lucha ante la instancia legislativa por el reconocimiento de sus derechos, fundamentalmente la igualdad en materia civil (poder heredar, afiliarse a la seguridad social y pensión a su respectiva pareja, y poderse casar). Casi desde los inicios de la jurisprudencia constitucional en 1992, emprendieron una tímida y errática iniciativa de litigio para procurar conseguir la declaratoria de inexistencia constitucional de varias normas que a su juicio les resultaban violatorias de derechos y principios fundamentales. No sólo la vía legislativa les resultó reacia, sino también la judicial.

Sobre numerosos casos de, entonces presunta, discriminación la Corte no decidió acometer el estudio ni la revisión de las tutelas que le remitían de todo el país. En la sentencia T-037 de 1995, se abstuvo de tutelar los derechos de un estudiante expulsado de un colegio por llevar a cabo actos homosexuales. La parte motiva refiere a la “ofensa”

y la “anormalidad” de tales actos. En la sentencia sostuvo que “la igualdad ante la ley no consiste en admitir que quien presenta una condición anormal – como la homosexualidad– esté autorizado para explícita y públicamente con el objeto de satisfacer sus inclinaciones e incurrir, sin poder ser castigado, en conductas ajenas a la respetabilidad de un centro educativo”.

Desde finales de la década de 1990 la Corte empezó a construir una subregla jurisprudencial en virtud de la cual toda forma en la cual se establezca el trato desigual con base en la condición sexual, constituye una discriminación y, por lo tanto, debe ser constitucionalmente impugnada. En otras sentencias decidió incluso que la orientación sexual debe contar con protección constitucional con fundamento en el derecho a la igualdad y no discriminación, y en el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Dentro de los principales antecedentes de la doctrina jurisprudencial sobre los derechos de los homosexuales y la discriminación en la que se incurre por no haber justificación iusfundamental del trato desigual, se encuentra la sentencia Sentencia C-481 de 1998 de la Corte constitucional en la cual se declara inexecutable una norma del Decreto 2277 de 1979 (“Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”) que consideraba el homosexualismo como falta disciplinaria de los profesores y, por tanto, lo sancionaba como causal de mala conducta. El 1ro de septiembre de ese año la Corte realizó una audiencia pública en la cual consultó a una serie de expertos, así como a organizaciones de homosexuales y autoridades públicas sobre el caso. El periódico *El Tiempo* lo reportó así: “*Con la cara tapada con una máscara negra, una profesora lesbiana se presentó ayer ante la Corte Constitucional para defender su derecho a enseñar y no sufrir represalias por sus preferencias sexuales. Cubrió su rostro por el temor a ser sancionada por su orientación sexual y por la discriminación de que puede ser objeto por parte de la comunidad educativa, dijo al iniciar su intervención. Como ella, un grupo de homosexuales se pronunció ayer con todo tipo de argumentos psicológicos, jurídicos, antropológicos y frases de personajes históricos como Mahatma Gandhi y Winston Churchill, contra la norma del Estatuto Docente que considera el homosexualismo como una causal de mala conducta*”.

Argumentó que esta falta disciplinaria vulneraba los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la opción sexual de las personas. Un año después en

la sentencia C-507 de 1999 declaró inexecutable un aparte del Decreto 85 de 1989 (“Reforma al régimen disciplinario de las fuerzas armadas”) que consagraba como falta al honor militar ser considerado homosexual. Esta sentencia C-507 de 1999 también incorporó en la discusión nacional, por primera vez, el derecho internacional sobre la protección de la orientación sexual, en concreto con la decisión Toonen contra Australia del Comité de Derechos Humanos de la ONU que revocó leyes del Estado de Tasmania que criminalizaba la sodomía. Se afirmó que las prácticas sexuales consentidas entre mayores de edad están protegidas por la “vida privada” de que trata el artículo 17 del PIDCP que, por tanto, prohíbe injerencias indebidas en la intimidad de las personas.

La sentencia T-097 de 1994, si bien ampara la igualdad de derechos de las parejas homosexuales, las percibe como esencialmente diferentes cuando se trata de integrantes de las fuerzas militares. Decidió la Corte que era constitucional la prohibición de llevar a cabo comportamientos sexuales en las fuerzas armadas, pero reguló que estos debían ser tratados independientemente de la orientación, es decir, la prohibición cubre tanto a homosexuales como a heterosexuales. Si bien permite que los homosexuales hagan parte de las fuerzas armadas, posibilita que se les exija mantener en secreto sus tendencias sexuales (“*Don’t Ask, don’t Tell*”, como se dice en Estados Unidos).

Sólo en los últimos años la Corte realizó un giro jurisprudencial significativo respecto de lo que fue su primera jurisprudencia sobre derechos a las personas homosexuales. Desde 2007 se empezaron a proferir sentencias que otorgan derechos a estas parejas, los cuales se han extendido en todas las esferas del derecho (no sólo civil sino también penal, político, social, laboral y migratorios) y las cuales han estructurado un sólido precedente en la materia que a juicio de muchos, dentro de los cuales me encuentro, aplicable a dos casos que han sido actualmente polémicos: matrimonio igualitario y la revisión de una tutela que fue fallada contra las pretensiones de una pareja integrada por dos mujeres, una de las cuales es madre biológica de un menor y solicita que el Estado les permita la figura de la adopción consentida. Se demanda que el hijo bajo el amparo de esta pareja del mismo sexo, legalmente constituida, tenga la protección legal de la adopción. En 2010 la Corte se había abstenido de pronunciarse sobre este caso. Profirió fallo inhibitorio porque, según se dijo, la demanda tenía problemas de fundamentación. La jurisprudencia constitucional ha establecido como requisitos para

una demanda de inconstitucionalidad, los siguientes: claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. En un programa radial de RCN, dijo en su momento el magistrado Mauricio González, entonces presidente de la Corte, que “no hay cosa juzgada, que este no es un fallo y que los demandantes pueden insistir ante la Corte Constitucional, pero con más peso en los argumentos, ya que se trata de una demanda en contra de un artículo de vital importancia para la Constitución Nacional”.

La sentencia C-075/07 sentó un sólido precedente que ha sido seguido en numerosas sentencias. Se demandó la expresión “hombre y mujer” de diversos apartes de la ley 54 de 1990 que definió las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Declaró la constitucionalidad condicionada de dicha expresión en el entendido de que debe extenderse el reconocimiento de la existencia de unión marital a las parejas homosexuales, con los correlativos derechos patrimoniales para que estas parejas puedan entonces formalizar su unión libre en notarías o centros de conciliación, a la vez que por esa unión tenían derecho a los bienes que conjuntamente se adquirieran.

La expresión “familiar” del artículo 163 de la ley 100 de 1993, que creó el sistema de seguridad social integral, fue sometida a examen constitucional y en sentencia C-811/07, decidió que es constitucional en el entendido que se aplica a las parejas integradas por personas del mismo sexo el régimen de protección consistente en la cobertura familiar del plan obligatorio de salud (POS) del régimen contributivo. Reconoció entonces la afiliación al sistema de seguridad social de salud. Citando la sentencia C-075 de 2007 como “criterio de evaluación” de la norma bajo examen, concluyó que hay un déficit de protección en la norma porque se limita el alcance de los beneficios de salud al ámbito familiar y excluye a las parejas del mismo sexo de tales beneficios.

La Corte analizó el objetivo normativo de protección especial a la familia y el hecho de excluir a las parejas del mismo sexo como condición necesaria para lograr ese propósito. Consideró que excluir a las parejas homoparentales del sistema de salud no es necesario para lograr los fines de la norma, pues incluirlas respecto de la protección conjuntamente con las heterosexuales no implica desproteger el núcleo familiar. Hay entonces un déficit de protección injustificado.

La sentencia T-856 de 2007 decidió una tutela porque una entidad promotora de salud se había negado a afiliarse como beneficiario al régimen contributivo de salud al compañero permanente homosexual de un cotizante. La Corte también siguió en este caso el precedente establecido en la C-075 de 2007, la cual introdujo una nueva perspectiva al problema porque resolvió que las parejas homosexuales pueden constituir uniones maritales de hecho cuando formen una “comunidad de vida permanente y singular”.

En sentencia C-798/08 la Corte moduló también el sentido de las expresiones “compañero” y “compañera permanente” en el entendido de que comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo. Reconoció a miembros de parejas homosexuales el derecho a reclamar medios para la subsistencia tal como el derecho alimentario. Por su parte en sentencia C-336/08 también se aplicaron en todo su alcance las subreglas de la sentencia C-075/07. La Corte declaró la constitucionalidad condicionada de las expresiones “compañera o compañero permanente” de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993. Tales expresiones deben significar que las parejas permanentes confirmadas por personas del mismo sexo, también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente. Sostuvo la Corte que la Constitución garantiza, en el caso de la pensión de sobreviviente, la posibilidad de reconocer el goce efectivo de los derechos a las parejas homosexuales, en igualdad de condiciones a las parejas heterosexuales porque “no existe un fundamento razonable para explicar el trato desigual”. Excluir a las parejas homosexuales de la pensión de sobrevivientes no responde a un principio de razón suficiente. El déficit de protección que constituye vulnera la prohibición de discriminación, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

En sentencia C-029/09 la Corte declaró constitucional condicionadamente una serie de normas que creaban beneficios o imponían cargas cuyos destinatarios eran las parejas heterosexuales, más no las homosexuales. Permitió la protección de los compañeros permanentes del mismo sexo en ámbitos civiles, políticos, penales, sociales, laborales, migratorios y de justicia. Se regularon deberes de estas parejas y se les aplica desde entonces el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos y el régimen de contratación estatal. Considerando que la pareja goza de protección constitucional, independientemente se trate de heterosexuales u homosexuales, reiteró la Corte que toda distinción

que se origine en la orientación sexual de las personas debe someterse a un examen de proporcionalidad para determinar si la distinción configura o no discriminación. Como en cualquier otro contexto si se corresponde con situaciones asimilables la diferencia de trato puede plantear problemas de igualdad, por lo que resulta inconstitucional el déficit de protección a las parejas homosexuales cuando hay ausencia de previsión legal para ellas respecto de las ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales.

La comprensión de los derechos fundamentales como posiciones iusfundamentales a realizarse según las circunstancias del caso, se adecúa más fielmente al modelo del Estado social de derecho. [27] Las omisiones del Estado pueden ser enfrentadas efectivamente mediante el modelo general de la ponderación que, como se dijo, ha sido fructífera y ejemplarmente receptado en la práctica jurisprudencial colombiana. Las promesas que, en forma de derechos, les hacen las mayorías a las minorías tienen sobre todo un contenido igualitario. El igualitarismo es un presupuesto para la inclusión. El constitucionalismo ganó su legitimidad histórica como forma de organización política, cuando reafirmó la promesa de establecer leyes iguales para todos y proteger un grado mínimo de igualdad con base en un concepto de dignidad indisolublemente ligado al derecho a la vida. Como se dijo en Estados Unidos en 1776 “los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes” y en Francia en 1789 “los hombres nacen libres e iguales en derechos”. En Colombia la dignidad humana se consagró como principio en el artículo primero constitucional y se ha desarrollado como derecho fundamental autónomo en virtud de la cláusula de derechos innominados. Se ha convertido en uno de los principales referentes del control constitucional.

A partir de la interpretación sistemática de la Constitución y de la concepción en virtud de la cual los derechos se deben interpretar extensivamente para lograr su garantía efectiva, la Corte ha encontrado, dentro de la esfera de protección de diversas disposiciones iusfundamentales, una serie de derechos fundamentales que ha creado en sentencias hito y que ha continuado su protección en líneas jurisprudenciales consolidadas. Uno de ellos es el mínimo vital. Los otros son: la dignidad humana, la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios y la estabilidad laboral reforzada de sujetos considerados de especial protección. La experiencia colombiana sobre la doctrina del mínimo vital es relevante, porque puede constituir uno de los principales aportes del constitucionalismo

colombiano a la jurisprudencia y a la academia internacionales sobre la garantía y el desarrollo de los derechos fundamentales en sociedades “no bien ordenadas” [28], caracterizadas por situaciones estructurales de desigualdad y disfuncionalidad de mecanismos democráticos.

Desde inicios de su jurisprudencia, [29] la Corte ha estructurado una sólida línea jurisprudencial (sub-regla) a partir de la cual ha desarrollado una doctrina que se ha constituido en fuente de derecho en casos donde se ha visto comprometida la garantía de los derechos sociales [30]. Esa sentencia resolvió el caso de un anciano pobre que solicitó la sustitución de la pensión pero como después de un año no obtenía respuesta, debió pedir asilo donde familiares que también se encontraban en precarias condiciones económicas. No sólo se le afectaba su vida ordinaria por la demora injustificada en la sustitución, sino que debido a la urgencia de realizarse una cirugía ocular, debió solicitar a la Corte la protección a sus derechos. A partir de la noción de “derecho al mínimo existencial”, propia de la Corte Suprema Administrativa de Alemania, [31] se fundamentó en Colombia que la Constitución les protege a las personas en situaciones de debilidad manifiesta y sin otro medio posible de subsistencia, el derecho a un grado material mínimo para existir en condiciones de dignidad. Se sostuvo en la sentencia que si bien no consagra la Constitución un derecho a la subsistencia, pero un mínimo vital supone un derecho fundamental a la vida entendida desde la dimensión de vida digna con las condiciones para desarrollar, en lo posible, todas las facultades que puede gozar la persona.

La sentencia T-533 de 1992 [32] abrió un camino que ha sido fundamentado en numerosa jurisprudencia posterior relativa a la protección del derecho al mínimo vital. Decidió el caso de un anciano de 69 años en situación de necesidad por cuenta de la pérdida de su casa por falta de recursos, vivía con penurias con una hija que igualmente lo mantenía y la Caja Nacional de Previsión (Cajanal) no le había reconocido el pago de su pensión. Un hospital público se negó a realizar la operación por razones presupuestales. Solicitó mediante tutela la práctica de una intervención quirúrgica que de no realizarse le ocasionaría la ceguera absoluta y la cual, claramente, no estaba en capacidad de costear. La tutela se le negó con el argumento del principio democrático de legalidad del gasto. Debido a que la Constitución colombiana reconoce el derecho a la salud expresamente como social y resguarda la protección mediante tutela de los derechos fundamentales, se concebía hasta antes de la sentencia T-760 de 2008 como un derecho programático que requería

desarrollo legislativo progresivo. Por esta razón no había fundamento normativo alguno que respaldara la petición

En revisión la Corte Constitucional revocó la decisión del juez y concedió la tutela. Reconoció un derecho fundamental innominado al mínimo vital sustentando que por encontrarse esta persona en situación de necesidad se hacía acreedor a la protección especial del Estado contenida en el artículo 13 constitucional. El supuesto de hecho del derecho social innominado fue creado argumentativamente con base en las dimensiones de la dignidad humana, en el modelo ideológico del estado social de derecho y en la posibilidad de interpretar sistemáticamente la Constitución. La Corte concibió la doctrina según la cual los derechos sociales son fundamentales y, por tanto, justiciables judicialmente. El derecho al mínimo vital no comprende exclusivamente un factor cuantitativo de subsistencia, sino también un elemento cualitativo que tiene relación con el respeto a la dignidad humana (T-052/11). El mínimo de condiciones materiales necesarias debe proveerlo el Estado en casos determinados y a partir del cumplimiento de ciertas condiciones que permitan construir una dogmática para excluir la posibilidad de amparos arbitrarios que irrespetarían por un lado la seguridad jurídica y por otro el derecho a la igualdad.

En este contexto no es admisible que una consecuencia palmariamente inconstitucional y previsible no sea atendida por cuestiones presupuestales o de competencias institucionales. Afirma Arango, “Si el derecho fundamental a la salud del solicitante no fuese protegido en este caso, tendría éste que aceptar su nueva condición de invidente a consecuencia exclusiva de la pobreza de sus familiares. Esta conclusión no es exigible de una persona que vive bajo una Constitución democrática moderna” [33].

Conforme a una Constitución como la colombiana rica en derechos y principios, resulta inadmisibles que alguien deba cargar con las consecuencias de haber tenido la mala suerte de haber nacido prisionero de una extracción social en la cual el déficit en la realización de derechos mínimos son la constante. Se dice en la sentencia: “La unidad normativa de la Constitución y su interpretación sistemática permiten vincular directamente las disposiciones que conforman la llamada “Constitución Económica” (...) con el principio fundamental del Estado social de derecho y la efectividad de los derechos constitucionales, en especial, los derechos sociales, económicos y

culturales (CP arts. 42 a 77). Existe una íntima relación entre el derecho a un mínimo vital y el compromiso institucional para garantizar el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas”.

A partir de aquí se instituyó en la jurisprudencia constitucional el derecho fundamental innominado del mínimo vital, el cual proviene originalmente de la jurisprudencia administrativa alemana (BVerwGE 1, 159, 161). A juicio de Arango la consideración y respaldo a esta idea del mínimo vital es un aporte del constitucionalismo colombiano al desarrollo de los derechos humanos en sociedades “no bien ordenadas” (como dice el profesor parodiando aquella bien conocida mención rawlsiana) y las cuales caracteriza como sociedades con situaciones estructurales de desigualdad y de disfuncionalidad de los mecanismos democráticos. Julieta Lemaitre extiende el reconocimiento a este aporte del constitucionalismo colombiano hacia la democratización efectiva del acceso a la justicia. Consúltese de esta última, “El coronel sí tiene quien le escriba: la tutela por mínimo vital en Colombia”. Ponencia presentada en el Congreso del SELA de 2005, panel 2.

Reconstruyendo con Arango la argumentación de la Corte en este caso, podemos decir que frente al supuesto de hecho de la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales:

El Estado tiene la competencia de establecer legalmente prestaciones sociales a favor de las personas, o sea, decidir democráticamente cómo distribuye los recursos de la sociedad; el derecho a la salud no es exigible al Estado, en principio, por una persona sino hasta que el legislados así lo establezca; pero cuando la persona o su familia se encuentra en una situación de necesidad que amenaza en forma inminente sus derechos fundamentales; el legislador no ha tomado las medidas necesarias para enfrentar tales situaciones la acción fáctica positiva del Estado puede evitar tal situación y su omisión es condición suficiente para que se concrete el daño injustificado a la persona entonces, a la persona le corresponde un derecho fundamental *prima facie* a una acción positiva fáctica del Estado [34].

Los derechos sociales no son normas dirigidas al Estado para que el legislativo las desarrolle con total discrecionalidad [35, 36], sino derechos subjetivos que, por su estructura de principios, se deben realizar en la mayor medida posible atendiendo a las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. [37, 38] 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 necesarias, ello no justifica que sea aplazado indefinidamente hasta cuando el Congreso le preste atención al problema y decida tomar medidas legislativas para la realización progresiva de los derechos sociales.

Sin embargo, debe enfatizarse aquí respecto a este derecho *prima facie*: los derechos sociales fundamentales no son derechos subjetivos que puedan ser tutelables en abstracto a toda persona, sino que deben ser consideradas las circunstancias concretas de cada caso, ya que al ser otro el obligado (no el Estado), por ejemplo, no puede exigírsele una prestación económica. Los derechos sociales son derechos fundamentales que deben adscribirse al concepto de derechos subjetivos y a la justicia compensatoria; son derechos generales con carácter global y no simplemente nacional que tiene el individuo frente al Estado en demanda de acciones fácticas positivas y deben adscribirse mediante interpretación constitucional. Son igualmente derechos de prestación en sentido estrecho, es decir con Alexy, “derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo de particulares”. [39] Conforme a Alexy, el que sean derechos a acciones positivas fácticas del Estado equivale a que sean derechos de prestación en sentido estrecho, lo cual pone en duda Arango por lo limitado de tal concepción.

La democracia constitucional es un modelo normativo por su inescindible articulación con los derechos fundamentales que, además que límites, son su auténtica sustancia, y porque no describe cómo “son” las cosas en realidad sino que prescribe cómo “deben ser”. El que no se haya logrado un desarrollo satisfactorio de las exigencias que comporta el modelo, contrario a lo que muchas veces se afirma, no lo deslegitima porque precisamente cuando más mal estamos por la sempiterna crisis debido a la confluencia de factores políticos, sociales y económicos, más necesitamos nortes normativos para saber hacia dónde tenemos que dirigirnos.

Cuando regía la normativa programática en las constituciones respecto de los derechos lo dogmático estaba supeditado a lo orgánico, pero desde el paradigma neoconstitucional y también por la acogida del derecho internacional de los derechos humanos en los países de la región, se insiste que la razón de ser de lo orgánico es lo dogmático, que la parte orgánica debe configurarse desde la parte dogmática. Además de que los derechos ya no están necesariamente sujetos a leyes que reglamenten su ejercicio, no son los derechos los que tienen que sujetarse a la ley sino que la ley tiene validez en la medida que respete los derechos. El neoconstitucionalismo representa una serie de cambios de matices en el discurso constitucional, los cuales mediante el paulatino influjo a todas las áreas del derecho supondrán que el Estado deberá, tanto aumentar el número de tareas que tradicionalmente realizaba –tales como la protección de los clásicos derechos de libertad y de defensa–, como modificar aspectos determinados para responder a nuevas demandas –tal como la mera consagración de derechos en una Constitución sin valor normativo pleno y, por tanto, sin fuerza vinculante en sus provisiones.

En este punto puede mencionarse que en los debates constituyentes recientes fue un error de la izquierda, y de constitucionalistas liberales o progresistas, concentrar el énfasis de los cambios en la parte dogmática de las constituciones, mientras que se dejó a la administración de turno el control y el desarrollo de la parte orgánica (la “sala de máquinas” de la constitución), que organiza el poder, las instituciones y sus competencias, es decir, el desarrollo y la implementación de la parte dogmática. Si bien en las nuevas constituciones la parte de los derechos sociales y de participación se activó con particular vigor, la ejecución de los cambios no ha sido como se esperaba, en parte, por falta de cambios orgánicos.

Producto de la singularidad del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra, el neoconstitucionalismo ha implicado la necesidad de contar con una renovación de la teoría del derecho que se distinga de los fundamentos teóricos iuspositivistas que sirvieron de marco al Estado de derecho decimonónico. [40, 41] Desde la génesis del neoconstitucionalismo se encuentra el cometido de designar la instauración de una serie de posiciones teóricas afines en su aproximación al fenómeno jurídico, así como la necesidad de especificar las posturas positivistas centrales de la filosofía del derecho contemporánea, que presentan identidades y diferencias teóricas. El neoconstitucionalismo se

opone explícitamente al iuspositivismo pero al mismo tiempo trata de desmarcarse del iusnaturalismo. De ahí la relevancia de sustentar una concepción no-positivista del derecho como ha hecho Alexy.

Las tareas de integración y legitimación política que se deben cumplir en el Estado constitucional, conducen a que también el constitucionalismo contemporáneo se proyecte en el plano ideológico como una doctrina no sólo descriptiva sino también justificatoria de dicho modelo jurídico-político. [42] Sin abandonar la dimensión de límite al poder, el neoconstitucionalismo asume una dimensión a partir de la cual cuestiones que antes estaban fuera de su horizonte de problemas porque el Estado sólo debía velar por la seguridad, la protección de la propiedad privada y la garantía a la configuración de la voluntad general, empiezan a resurgir como los aspectos distintivos de una vigorizada forma de organización jurídica que prontamente ha comenzado a ejercer influencia política, cultural y social. Esta faceta se refleja sobre todo en contextos, como los integrados por los países latinoamericanos en los cuales hay un profundo descontento por las situaciones del presente de las sociedades en general.

Escribe Fioravanti que “la doctrina del constitucionalismo ya no puede ser sólo doctrina del gobierno limitado sino también doctrina de los deberes del gobierno”. [43] Se presenta ahora como doctrina de justificación, como una teoría y una metodología del derecho referidas al estado constitucional. Esto acredita, en consecuencia, el uso de la expresión neoconstitucionalismo para destacar las diferencias entre el discurso constitucional actual y el hilo conductor que caracterizó el constitucionalismo tradicional. La forma de Estado que se enmarca en una democracia constitucional, trae consigo importantes transformaciones en los sistemas jurídicos que suscitan la revisión de la teoría del derecho tradicional de impronta positivista, lo cual amplía el discurso del constitucionalismo para desarrollar una teoría y metodología jurídicas que puedan responder a la complejidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. De ahí por ejemplo que se reconozca unánimemente que no sólo hay reglas que, con una estructura condicional hipotética se aplican silogísticamente mediante una subsunción, sino también otro tipo de normas con una estructura de principios que se aplican mediante la ponderación según las circunstancias jurídicas y fácticas existentes.

El marco que describe y prescribe el neoconstitucionalismo aporta elementos para

concebir de manera adecuada los desafíos y las posibilidades de las democracias constitucionales en América Latina y, así, determinar las formas en las cuales se puede favorecer efectivamente la consecución de los fines que como sociedad esperamos que el derecho ayude a lograr. El punto central aquí es la defensa de que la naturaleza del derecho es ideal o crítica, además de real o fáctica. [44] A la positividad se le agrega la corrección moral como un elemento esencial del concepto contemporáneo del derecho. En tiempos de neoconstitucionalismo se sustenta que el derecho no está reducido a sus propios elementos definitorios de la validez del ordenamiento jurídico y la eficacia social, sino que comporta un ideal de corrección moral que dota al sistema de legitimidad política en lugar de la mera validez jurídica. [45]

Además del sacrosanto principio de legalidad y la necesaria eficacia social que tiene que tener el derecho para regular la vida en sociedad, su naturaleza ontológica está contemporáneamente signada por una dimensión ideal que, además de la corrección moral, se refleja en el contenido necesario de justicia. La creación de estados constitucionales y democráticos en Iberoamérica, siguiendo la reconstrucción democrática de países como Alemania e Italia, crea un espacio institucional para solucionar los problemas jurídicos, pero como enfatiza Alexy este espacio necesita ser llenado y el medio para lograrlo es la argumentación jurídica. El principio de proporcionalidad, como herramienta argumentativa para resolver los casos difíciles en los que colisionan derechos en situaciones concretas, requiere una teoría de la argumentación para que articuladamente principio-teoría se pueda dotar a la decisión concreta del máximo de racionalidad que ya no se logra a partir de la presunta objetividad silogística sino mediante la construcción argumentativa. Esta práctica orientada por reglas permite que la densidad normativa material de la constitución se determine con claridad al resguardar la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad mediante la aplicación de normas adscriptas siguiendo las reglas para el uso de los precedentes.

Los elementos medulares del paradigma neoconstitucional imponen a la ciencia jurídica una dimensión adicional a la descriptiva del ser del derecho, cual es una dimensión prescriptiva de su deber ser. El modelo eminentemente descriptivo de la ciencia jurídica que bastaba conforme al paradigma jurídico vigente en antaño, se rechaza en la actualidad de manera tajante porque no es capaz de proveer razones suficientes para concebir y aplicar el derecho en el marco de sistemas jurídicos

fuertemente sustantivados por valores y principios. La ciencia jurídica tiene entonces, además de la tarea de describir la normativa jurídica, así como su interpretación y aplicación, aquella relacionada con su reformulación y, a partir de allí, su reconstrucción. La ciencia jurídica puede llegar a constituirse en una meta-garantía del ordenamiento jurídico, [46] cuando contribuye a crear en lugar que meramente a contemplar su objeto de estudio.

#### IV. ACTIVISMO JUDICIAL Y CREATIVIDAD EN EL DISEÑO DE REMEDIOS INSTITUCIONALES

Sin duda uno de los aspectos cardinales del proceso de recepción de iusteorías transnacionales que con particular intensidad empezó a atestiguar la academia jurídica colombiana desde la proclamación de la Constitución de 1991, es el activismo judicial. En efecto, dentro de los aspectos por los cuales se ha valorado en general positivamente el Tribunal al que se le confió la guarda de la integridad y supremacía constitucional, se encuentra el hecho de que ha visibilizado muchos problemas sociales que antes sólo eran conocidos por especialistas que los estudiaban, permitiendo así que adquirieran significancia política; institucionalizó el Estado Social de Derecho que, como modelo ideológico y fórmula política, cuenta con elementos básicos como el respeto a la dignidad humana, la proclamación de principios de democracia, participación y pluralismo, la atribución a la Constitución de carácter supremo, la primacía de los derechos inalienables de la persona, el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos fundamentales y sociales y la garantía jurisdiccional de la Constitución. En particular la consagración de la efectividad de los principios y derechos como fines esenciales del Estado, ha tornado cardinal en nuestro sistema jurídico los problemas relacionados con la garantía efectiva de los derechos fundamentales. Las disposiciones iusfundamentales que establecen los derechos determinan límites formales y materiales a los poderes públicos, pero también a los privados.

Una de las principales instituciones que ha creado la Corte es el estado de cosas inconstitucional, en virtud de la cual se han desplegado las posibilidades de reforma y cambio sociales en contextos determinados por la desigualdad, la pobreza, el déficit en la protección de derechos y los problemas relacionados con la falta de representación real de la ciudadanía ante las instancias de decisión política. Si bien es necesario que los derechos estén amparados por provisiones que reconozcan su garantía, la protección del

catálogo de derechos que existen en las constituciones recién promulgadas en la región, requiere otros presupuestos adicionales a su consagración normativa. 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” [47]. La importancia de proteger los derechos sociales radica en que procuran crear las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igualdad, que es esencial para el ejercicio efectivo de la libertad, es decir, son un presupuesto para el ejercicio de los derechos de libertad para la población en situación de déficit en la protección de sus derechos [48]. La transformación en la idea de constitución formal por constitución material es uno de los aspectos cardinales en la recepción del neoconstitucionalismo.

La necesidad de implementar y elevar a rango constitucional los principios que comportan las provisiones constitucionales, condujo a la transformación de un modelo de Estado con un complejo sistema político-administrativo. 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 ha encargado el resguardo del texto fundamental de los intentos por suplantar 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 del grupo y el hecho de que las instituciones no están promoviendo medidas de política para remediar tales situaciones que comportan diversas violaciones de derechos, la Corte 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.

El estado de cosas inconstitucional surgió como respuesta judicial a la necesidad de reducir, en casos determinados, la dramática 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. 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.

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, 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 que no sólo es atribuible a la acción, o más bien a la inacción o acción insuficiente, de la autoridad demandada sino que comporta factores estructurales.

Las causas por las cuales se presenta consisten en acciones u omisiones estatales en el diseño, implementación y seguimiento de las medidas de política, como consecuencia de lo cual sistemática y prolongadamente se han omitido diversos tipos de garantías o se han vulnerado de manera directa y generalizada los derechos fundamentales de un número plural de personas que hacen parte de poblaciones desfavorecidas y vulnerables. Además del deber que tiene la Corte de colaborar armónicamente con los órganos del Estado, otro criterio constituye la genealogía del concepto, a saber, la efectividad de la tutela como mecanismo procesal idóneo para la protección de derechos fundamentales vulnerados. Cuando la Corte observa una violación masiva y progresiva de derechos de un grupo determinado, se enfrenta al hecho de que miles de tutelas podrán ser presentadas por parte de otros afectados que solicitan la protección de los mismos derechos ante una situación similar de violación, lo cual claramente congestionaría los juzgados y tribunales. La Corte articuló ambas cuestiones al justificar dicha colaboración entre los órganos del Estado cuando el remedio administrativo oportuno puede evitar, en efecto, la excesiva utilización de la tutela por las miles de personas que se harían merecedoras de la misma protección constitucional.

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 sentencia T-025 encontró, luego de haber proferido otros fallos de tutela para amparar en sus derechos a personas determinadas, que el problema de violación de derechos constitucionales de los desplazados por la violencia era particularmente grave por el número de afectados, el tiempo que 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 Estado; 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 personas [49].

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 concretos. La terminación del estado de cosas inconstitucional no está regulada normativamente. Subsiste no obstante 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.

La Corte ha declarado un estado de cosas inconstitucional en los siguientes asuntos: (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 hacinamiento), (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 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<sup>1</sup>. En sentencia de constitucionalidad número 288/10 (M.P. Luis Ernesto Vargas), que declaró la inexequibilidad del Decreto Legislativo 128/10 “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-760/08 (M.P. Cepeda).

La Corte se ha ocupado del fenómeno del desplazamiento desde el control abstracto de constitucionalidad por las demandas contra la norma que enmarca jurídicamente la implementación de la política pública de protección a dicha población [50], así como por vía del control concreto, pues han sido miles las tutelas promovidas en procura de la defensa y protección inmediata de derechos [51]. La 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 Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia, el INURBE, el INCORA, el SENA y los ministerios de Hacienda, Protección Social, Agricultura y Educación. La Corte sintetizó, en razón de las tutelas recogidas y sus propios precedentes en la materia, los derechos constitucionales afectados por el desplazamiento: vida en condiciones dignas[52]; los derechos de los grupos especialmente protegidos (niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados y ancianos) [53]; escoger lugar de domicilio[54]; libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión y asociación [55]; derechos sociales (educación (T-215/02 M.P. Córdoba), salud (T-645/03 M.P. Beltrán) y trabajo (T-669/03 M.P. Monroy)) (T-098/02 (M.P. Monroy); derecho a la unidad familiar (SU-1150/00 M.P. Cifuentes) y a la protección integral de la familia (T-1635/00 M.P. Hernández); integridad personal (T-1635/00 M.P. Hernández) Reiterada en las sentencias T-327/01, T-1346/01 y T-327/01y seguridad personal (T-258/01 M.P. Montealegre); libertad de circulación (T-268/03 M.P. Monroy) y derecho a permanecer en el sitio escogido para vivir (T-227/97 M.P. Martínez); alimentación mínima; vivienda

digna (T-602/03 M.P. Araujo); el derecho a la paz; igualdad (T-268/03 M.P. Monroy).

El problema del desplazamiento en sede de análisis de constitucionalidad se ha enfocado, por parte de alguna literatura, desde una perspectiva reduccionista según la cual la Corte apenas inició en 2004 con la sentencia T-025 la atención a los problemas de violación a derechos fundamentales que se derivan de la situación de desplazamiento. La atención de la Corte a este problema comienza incluso con antelación al establecimiento inicial de la política pública con la ley 1387 de 1997. La Corte había proferido una sentencia de tutela (T-227 de 1997, M.P. Martínez) en la cual empezó a introducir elementos que con el tiempo configurarían la política pública sobre desplazamiento. Un componente que denominó “pedagogía constitucional” fue destacado como elemento omitido por la política que no podía ser eludido por el poder judicial. Con antelación a la declaratoria se 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 constitucionalidad. Sólo 8 han modificado aspectos sustanciales de la política, las cuales han partido tanto de aspectos puntuales como proferir órdenes concretas u ordenar que se expida un manual de enseñanza a los desplazados para que sepan cuáles derechos tienen, hasta aspectos muy generales donde se modifica la definición del problema público de desplazamiento incluyendo nuevos componentes. En concreto, la T-025 de 2004 definió tres problemas jurídicos relacionados fundamentalmente con la procedencia de la tutela para examinar acciones y omisiones de las autoridades públicas respecto de la atención integral a la población desplazada, con los contenidos y alcances de la política pública de atención a dicha población y la eventual

<sup>1</sup> En sentencia de constitucionalidad número 288/10 (M.P. Luis Ernesto Vargas), que declaró la inexequibilidad del Decreto Legislativo 128/10 “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-760/08 (M.P. Cepeda).

vulneración de derechos fundamentales a partir de ello, así como con las reglas de procedibilidad de la tutela para casos en los que la violación de los derechos fundamentales es consecuencia de la política pública, así como con la presunta vulneración de derechos porque se supedita su efectividad a la existencia de recursos que no han sido apropiados por el Estado.

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

La ayuda humanitaria de emergencia que se otorga a la población desplazada cuando la Corte interviene en el proceso de formación de las políticas públicas señalando que un asunto determinado es un problema público que debe merecer la atención del Estado, debe garantizar el mínimo de protección de los derechos fundamentales, lo que implica: la protección de los derechos contra amenazas, y la satisfacción del mínimo prestacional necesario para la satisfacción de los derechos. El desplazamiento forzado conlleva un desconocimiento grave, sistemático y masivo de derechos fundamentales (C-278/07 M.P. Pinilla) 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 consideraba la política pública como tal, es decir, verdad, justicia y reparación. Así se han variado los niveles de intervención de la Corte tratándose de las líneas generales de la política pública estatal. Es particular el uso de los autos de cumplimiento mediante los cuales se ha apropiado del problema y

seguir la política<sup>2</sup>. 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 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

<sup>2</sup> La Corte ha proferido alrededor de 80 autos de cumplimiento a la sentencia T-025/04. Dentro de los principales, se encuentran, Nos. 176, 177 y 178/05; Nos. 334, 335, 336 y 337, 218, 266, 333/06; 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, 262/07; Nos. 052, 054, 237, 251, 284, 117, 116, 092, 093/08; y Nos. 314, 266, 225, 011, 004, 005, 008 (persistencia del estado de cosas inconstitucional) y 009/09. Consulta directa en la relatoria de la Institución

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, 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 protección<sup>3</sup>.

## V. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LOS ÓRGANOS NO ELEGIDOS

Desde el inicio de la actividad jurisprudencial la Corte ha empleado varios tipos de exámenes de constitucionalidad, dentro de los que se destaca el test de igualdad, el criterio de razonabilidad, la ponderación, el juicio de proporcionalidad y los juicios de constitucionalidad (débil o fuerte).[56, 57] Pero es sobre todo ante los fallos progresistas cuando surge de inmediato la conocida objeción contramayoritaria al poder judicial. La Corte mediante un desarrollo jurisprudencial particularmente prolijo ha ido extendiendo los efectos de la parte motiva de las sentencias, sin dar efectos generales pero sí con fuerza obligatoria para las demás autoridades. Obligan a los demás jueces de tutela en este sentido. Las tutelas al principio de la jurisprudencia fueron proferidas en clave de efectos inter partes, o sentencias de amparo como se denominan en el derecho comparado. Con posterioridad se han proferido numerosas sentencias en las cuales, luego de constatar los factores que conducen a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, extiende los efectos de las órdenes que imparte para proteger el derecho a la igualdad de quienes, si bien no impetraron la acción, se encuentran en similar situación a la demandada. Los efectos de las órdenes tienen un alcance mayor (T-203/02 M.P. Cepeda), porque trascienden a una comunidad, en lugar que a los meros peticionarios del caso concreto (T-843/09 M.P. Pretelt). El mayor alcance de tipo material y

<sup>3</sup> En la sentencia SU-090/00 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.

temporal de esta clase de tutelas procura estar acorde con la magnitud de la violación (T-025/04 M.P. Cepeda).

En otras sentencias de tutela, además de las que profiere en el marco de un estado de cosas inconstitucional, la Corte ha ordenado que se tomen medidas o que se adopten programas o políticas que beneficien a más personas adicionalmente a los accionantes<sup>4</sup>.

La consecuencia es entonces la extensión de los efectos de la acción de tutela a quienes no la interpusieron, para lograr la protección efectiva de los derechos dada la magnitud de la situación, y para garantizar el principio de igualdad de quienes se encuentran en una situación similar. También ha proferido órdenes a las autoridades competentes, respetando las respectivas competencias, para que adopten las acciones necesarias para corregir la situación.

Desde el inicio del ejercicio de la jurisdicción constitucional en 1992, hemos asistido a una expansión de los contenidos constitucionales materiales que se evidencia entre otros fenómenos en el reconocimiento de los principios como orientadores de la puesta en práctica de los derechos, la garantía a todos los derechos y en particular por la creciente desigualdad a los sociales en el marco de una economía libre pero solidaria de mercado, la vinculación de los poderes públicos a los derechos constitucionales fundamentales y la ubicuidad de los derechos respecto del derecho en general que los hace potencialmente relevantes en cualquier escenario jurídico. En su prolífica jurisprudencia la Corte ha tomado una serie de decisiones que han suscitado críticas. Dos vertientes pueden resultar útiles para realizar este análisis: las decisiones que presuntamente usurparon competencias de otras instituciones y aquellas que, adicionalmente, implicaron costos fiscales.

Recuérdese las sentencias sobre el libre desarrollo de la personalidad, 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, los derechos sociales amparados vía tutela, el reconocimiento de garantías constitucionales a las parejas homosexuales, la posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo en tres casos, la eutanasia, el problema hipotecario del UPAC, la despenalización del consumo de dosis personal de droga, así como aquellas que se han dirigido hacia la regulación financiera de los derechos constitucionales, la que dispuso fechas concretas para unificar el seguro de salud, la que ordenó actualizar integralmente el POS garantizando la participación efectiva de la comunidad médica y los usuarios, y la que estableció pisos perentorios para salarios y pensiones.

Ante este tipo de casos se suele expresar que estamos ante una “democracia judicial”, ante una dictadura de los jueces. Por ilustrar la objeción en columna de prensa de influyente diario medellinense: “La Corte Constitucional debería ocuparse casi exclusivamente sobre el cumplimiento de los trámites en la aprobación de las leyes. En cuanto al contenido de ellas no debería ir más allá de retornarlas al Congreso si no está de acuerdo con éste. O mejor aún, concertar con él. Unos magistrados ineptos en numerosos campos del saber, sin elección popular y sin mayores responsabilidades, no puede suplantar al Congreso y legislar sobre lo divino y lo humano”. [58]

Para sofisticar la objeción, citemos a quien la acuñó: Alexander Bickel, para quien “La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contra-mayoritaria en nuestro sistema [...] cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una norma proferida por el legislativo o por el ejecutivo electo, tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real aquí y ahora [...] El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia y esa es la razón por la cual puedo hacer la acusación de que el control judicial es anti-democrático”. [59]

Tras esta cuestión hay un problema significativo no solo del constitucionalismo sino del estudio científico de la política que tiene que ver con el rol – no solo la potestad sino la legitimidad de ejercicio– de los tribunales constitucionales ante dos tipos de situaciones: normas proferidas por el Congreso, como órgano de mayor legitimidad popular, pero que vulneran principios constitucionales, o déficit amplio y generalizado en la prestación de derechos que fuerzan a la Corte a tomar un rol en la creación y

<sup>4</sup> En la sentencia T-1101/01 (M.P. Cepeda) se ordenó al Ministerio de Trabajo que adoptara un programa que garantice los derechos de los trabajadores temporales y establezca correctivos que eviten que las empresas de servicios temporales y sus usuarias incurran en irregularidades para beneficiarse de las ventajas que ofrecen este tipo de contratos. En la sentencia T-131/05 (M.P. Cepeda) se ordenó a la Fiscalía General que efectuara un plan para la implementación de la carrera administrativa. Otros casos, en las sentencias, T-068/98 (M.P. Martínez). T-153/98 (M.P. Cifuentes). SU-250/98 (M.P. Martínez). T-590/98 (M.P. Martínez). T-606/98 (M.P. Hernández). SU-090/00 (M.P. Cifuentes). T-847/00 (M.P. Gaviria)

desarrollo del derecho, lo cual termina por ensanchar el contenido normativo de la propia Constitución. Se han presentado varios argumentos para objetar estas situaciones por ser no democráticas o incluso antidemocráticas. No es este claramente el lugar para repararlos, pero interesa enfatizar que debido a los márgenes constitucionales que tienen las democracias contemporáneas, una institución debe asumir el rol de control de que las mayorías están respetando el pacto constitucional.

El problema real no es el grado de representatividad popular de los magistrados, pues el vínculo directo funcionario-pueblo no solo no es real en muchos casos, sino que incluso no es deseable en muchos otros (codirectores del Banco de la República, miembros de organismos de control, superintendentes y miembros de la cúpula militar). La cuestión tiene que ver más bien con lo que se espera de una democracia constitucional, pues los ministros y los codirectores del Banco, por ejemplo, tienen no solo la potestad sino la obligación de desafiar la voluntad mayoritaria plasmada en leyes o en reformas a la Constitución, cuando las garantías constitucionales están en juego. [60] El argumento sustancial en torno al rol que en una democracia constitucional deben tener los tribunales constitucionales, mediante controles de diferentes intensidades, es más importante porque la democracia no se concibe ya sólo procedimental sino también sustantivamente.

Dos características de nuestro sistema jurídico íntimamente relacionadas son explicativas del fenómeno de la expansión de los contenidos constitucionales materiales: la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales y los efectos extendidos de la tutela. La declaratoria del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento constituye uno de los más elocuentes fenómenos en el marco de dicha expansión que se evidencia igualmente en la constitucionalización del derecho. La deseable constitucionalización se balancea en un equilibrio muchas veces inestable entre dos riesgos indeseables: la sobre-constitucionalización en virtud de la cual todo el derecho estaría en la Constitución (como si fuera un “huevo jurídico originario” según la expresión de Forsthoff) y la infra-constitucionalización que tornaría inocua la fuerza vinculante de la Constitución y valor normativo de los derechos, así como las competencias de la Corte Constitucional.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Encontrar la medida correcta de la constitucionalización es el objetivo de la construcción de una dogmática de los márgenes de acción, ya que permite establecer el margen de discrecionalidad del legislador desde la determinación de las competencias

Sería particularmente problemático si la densidad normativa material de la Constitución se tornara indeterminada o ilimitada. Si bien se han cometido errores y hay peligros que constantemente asechan el trabajo de la jurisdicción constitucional, en Colombia ha sido en general adecuada la constitucionalización del derecho [61] y la sujeción a los derechos fundamentales de los poderes públicos. No adolecemos de sobre-constitucionalización que como insiste Alexy debe ser evitada tanto como la infra-constitucionalización. [62] Debido a que la Corte tiene un deber de colaborar armónicamente con los órganos del Estado para la realización de sus fines y uno de ellos es la realización de los derechos, el progresismo no sólo es admisible sino también deseable. 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 constitucionales. [63] 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

atribuidas constitucionalmente a las ramas del poder. Véase, R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado, 2003. Fue también receptada tempranamente en Colombia una idea de “margen de acción” normativa de que goza el legislador, usando los conceptos “margen de configuración” (C-272/94. M.P. Gaviria. C-803/09. M.P. Pinilla. C-1061/08. M.P. Cepeda. C-597/10. M.P. Pinilla (intervenciones del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Comercio, además del problema jurídico). T-218/04. M.P. Montealegre. C-791/06. M.P. Vargas. C-1025/01. M.P. Cepeda. C-468/08. M.P. Monroy. C-403/07. M.P. Tafur. C-1065/08. M.P. Vargas. C-568/04. M.P. Cepeda. C-378/08. M.P. Sierra. C-788/09. M.P. Palacio. C-243/06. M.P. Vargas. C-428/02. M.P. Escobar. C-692/08. M.P. Cepeda. C-1003/05. M.P. Cepeda. SU-975/03. M.P. Cepeda. C-561/04. M.P. Cepeda. C-1264/05. M.P. Vargas. C-800/08. M.P. Cepeda. C-007/02. M.P. Cepeda. C-246/06. M.P. Monroy. C-173/06. M.P. Sierra. C-103/05. M.P. Cepeda. C-369/06. M.P. Vargas (citando las sentencias C-871/02, C-568/04 y C-423/05). La sentencia C-945/03 (M.P. Cepeda) cita intervención del Ministerio de Hacienda en sentencia C-341/98 (M.P. Hernández), “facultad legislativa” (C-010/02. M.P. Monroy. C-230/96. M.P. Cifuentes. C-185/97. M.P. Hernández), “margen de apreciación” (T-052/96. M.P. Martínez. C-071/09. M.P. González. C-026/98. M.P. Martínez. T-573/97. M.P. Arango. C-802/00. M.P. Hernández. C-233/97. M.P. Morón (“margen de apreciación” y facultades oficiosas de la Superintendencia de Sociedades). C-333/01. M.P. Escobar. C-204/01. M.P. Martínez. C-424/06. M.P. Sierra. C-521/99. M.P. Martínez. C-226/02. M.P. Tafur. C-1252/01. M.P. Vargas (margen del gobierno)) y “campo de configuración normativa” (C-1194/08. M.P. Escobar. C-1074/02. M.P. Cepeda (concepto del Procurador).

particularmente ambiciosas y sin sustento en la planeación, deben objetarse en casos concretos.

En el contexto de un derecho constitucionalizado y ante reiteradas críticas de activismo y progresismo jurisdiccional, hay que precisar que la Constitución es al tiempo un “orden marco” y un “orden fundamental”. La Constitución es un orden marco porque establece un marco –dentro del cual puede actuar el legislador– que está erigido por lo prohibido, que se torna constitucionalmente imposible, y por lo ordenado, que es lo constitucionalmente necesario. Lo discrecional es lo que está dentro de las paredes establecidas por ese marco, que es entonces lo constitucionalmente posible. Lo discrecional es lo que constituye el margen de acción. El concepto de constitución como orden marco es compatible sólo con el orden fundamental en sentido cualitativo. La constitución prohíbe y ordena actuaciones, pero también deja un espacio para el ejercicio de la discrecionalidad.

La cuestión es cómo lograr comprender adecuadamente a la constitución desde un equilibrio entre orden fundamental y orden marco sin incurrir, por ejemplo, en la que Sunstein denomina la “falacia del activista” según la cual si algo es muy bueno, entonces la Constitución lo exige, independientemente de la posibilidad de establecer un principio sólido que sustente la posición. [64] La comprensión adecuada de la Constitución como orden fundamental y orden marco, significa que debe ser concebida al tiempo como norma que está en capacidad de resolver asuntos fundamentales en una comunidad en un tiempo determinado (Constitución como orden fundamental cualitativo), y como norma que, además de prohibir y ordenar, deja muchas preguntas sin resolver abriendo así un espacio para el ejercicio jurisdiccional discrecional (Constitución como orden marco).

Cuál es el rol de los tribunales constitucionales cuyos miembros no son elegidos por el pueblo sino nombrados por el Congreso, ante situaciones de déficit amplio y generalizado en la prestación de derechos. La práctica de dejar sin efectos jurídicos normas proferidas por el órgano representante del pueblo, ofende para muchos principios en virtud de los cuales en una democracia la mayoría debe gobernar. Y en ese contexto como los magistrados de la Corte Constitucional no son elegidos sino nombrados, no habría en ellos legitimidad para obrar estableciendo que determinadas normas proferidas por el órgano que representa al pueblo, no deben formar parte del sistema jurídico. Muchas veces la sociedad como un todo sustenta opiniones que son discriminatorias, que resultan ofensivas a una minoría

o que pretenden imponer ideologías o cosmovisiones determinadas.

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 para el derecho constitucional colombiano por los recursos ideados y la forma armónica de gestionar instrumentos y recursos escasos, así como por la necesidad de recurrir a 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 alcanzar verdaderos y durables grados de progreso social vía progresismo jurisprudencial.

Si por algún aspecto tiene sentido la idea del gobierno sometido al estado de derecho, es porque se deben establecer límites a la configuración política de las posiciones respaldadas por algún amplio grupo, es decir, de aquello que las mayorías pueden imponer a las minorías en casos concretos. En este sentido hay que comprender las restricciones que imponen al actuar del poder público las constituciones expedidas en la segunda posguerra. Una medida por muy mayoritariamente apoyada que esté, si resulta violatoria de los derechos fundamentales de algún grupo, debe ser invalidada. Una decisión mayoritaria no es, de forma necesaria, genuinamente democrática. En una democracia constitucional no se pretende que las decisiones de los funcionarios reflejen exclusivamente la voluntad mayoritaria.

## VI. LOS DERECHOS COMO CAUCE DE UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

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

expresión popular está indisolublemente ligada con la proclamación normativa con eficaz garantía de los derechos fundamentales.

La noción formal o procedimental de la democracia, defendida entre otros por Kelsen, [65] presupone una condición necesaria pero insuficiente para hablar de una verdadera democracia. Con la doctrina, aún en construcción, de la sustitución constitucional [66] la Corte ha contribuido a configurar en nuestro sistema jurídico un elemento cuya presencia permite calificar a un sistema político de “democrático”, cual es, el límite sustancial respecto de lo que se puede y no se puede decidir en una sociedad en un momento determinado. Es decir, no sólo el *quién* (el pueblo) y el *cómo* (procedimiento reformista), sino también el *qué* (contenido), debe considerarse en la ponderación acerca de la admisibilidad de una medida.

Democracia no sólo significa en la actualidad respaldo mayoritario a una determinada medida, ya que “Condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías –y a esas minorías radicales que son las personas– de que su dignidad e igualdad será respetadas” [67]. Al concepto “democracia” se le agregó “constitucional” no como una muletilla retórica, sino porque una constitución al decir de Ferrajoli, “no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular (...) El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones del gobierno, no reside en el consenso de la mayoría sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales” [68].

En tanto principios esenciales de la fórmula política del estado social y democrático de derecho, resultan cardinales el respeto por las reglas de juego electoral con la posibilidad real de alternancia en el poder, el sistema de frenos y contrapesos institucionales, el principio de igualdad, el goce efectivo de los derechos, los controles interinstitucionales entre las ramas del poder público y el presupuesto de que entre los poderes del Estado debe haber un equilibrio efectivo. Desde una perspectiva eminentemente agregativa de la democracia, una democracia constitucional puede llegar a ser en muchos casos anti-mayoritaria. Es decir, la democracia está condicionada por los

principios constitucionales y sobre todo por los derechos de quienes no tienen poder económico que se traduzca en poder político para hacer oír sus demandas ante los órganos de decisión.

Así sean mayorías las que impongan cierto cambio debe ser invalidado si rebasan dichos principios que se constituyen en los diques por donde debe fluir la fuerza del poder político y en el cauce para impedir que mediante referendo se ocasionen autoritarismos. Esto debe hacerse así se juzgue incluso de elitista y “anti-democrático” al poder judicial, el cual cuenta con mayores cargas de argumentación respecto de las que se exigen al poder legislativo. [69] El poder judicial resguarda el carácter indisoluble de la democracia política y los derechos fundamentales.

La democracia constitucional es un modelo normativo por dos razones: su estrecha relación con los derechos fundamentales que, más que límites, son su auténtica sustancia, [70] y porque no *describe cómo son* las cosas en realidad sino que *prescribe cómo deben ser*. El poder judicial, que cuenta con mayores cargas de argumentación respecto de las que se exigen al poder legislativo, [71] resguarda el carácter indisoluble de la democracia política y los derechos fundamentales. Las respuestas que se otorguen a las cuestiones que surgen desde la dogmática de los derechos fundamentales, tienen consecuencias para la estructura del sistema jurídico en su totalidad. Esto se puede ilustrar desde el rol desempeñado por la Corte con las órdenes complejas que emite en sentencias y autos de cumplimiento que se dirigen hacia diversas autoridades públicas, como seguimiento permanente según las circunstancias de una situación de manifiesta inconstitucionalidad que se prolonga en el tiempo (T-881/06 M.P. Sierra). Un sistema político democrático no se establece con la mera configuración de la voluntad general a través del voto, sino que el modelo normativo de la democracia contemporánea es constitucional porque la expresión popular está atada con un “nudo gordiano” a la proclamación normativa con eficaz garantía de los derechos fundamentales.

## VII. CONCLUSIONES

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 Estado. [72]

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 los efectos entre particulares de los derechos fundamentales, han propendido por una efectiva constitucionalización del derecho. El rol judicial no consiste, como lo pensaban la escuela de la exegesis en Francia y la jurisprudencia conceptual en Alemania, 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 es 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 difícilmente discutible el avance que ha representado la tutela en términos de consolidación de la democracia en Colombia.

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. Los tribunales constitucionales son actores políticos singularmente relevantes en una democracia, como lo ha demostrado nuestra Corte Constitucional. Desde sus inicios configuró 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. 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[73].

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. La Sentencia T- 025 de 2004 Corte Constitucional de Colombia. Febrero de 2004 planteó lineamientos generales acerca del fenómeno del desplazamiento, como haberlo declarado estado de cosas inconstitucional, pero fue a través de los autos, el 07 y en particular el 08 que ordena la reformulación de las políticas públicas en atención al fenómeno, las que en realidad configuraron la actuación de la Corte en el ciclo de formación de las políticas públicas sobre el particular. Este auto ordena al gobierno la reformulación, por ejemplo, acerca de verdad, justicia y reparación, acerca de tierras, de vivienda. A raíz de esto se crearon también unos autos de enfoque diferencial porque aparte de una reformulación de la política de vivienda, se vio la necesidad de realizar la reformulación desde un enfoque diferencial (mujeres, 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.

#### AGRADECIMIENTOS

Este artículo, que se inscribe en los desarrollos del grupo de investigación *Estudios sobre política y lenguaje* (A1-Colciencias), línea “Estudios sobre políticas públicas”, corresponde a la versión depurada de la ponencia que impartí en el seminario

*Teoría Constitucional aplicada y Democracia*, UPB-Bucaramanga, abril 1 y 2 de 2011. Agradezco a mi buen amigo Juan Pablo Sterling por la invitación y, conjuntamente con el Decano Pedro Osma, por sus observaciones.

## REFERENCIAS

- [1] Constitución Política de Italia, Capítulo 1
- [2] Constitución Política República Alemania Federal art. 20, 1
- [3] Constitución Política de España, Art.1, 1
- [4] Constitución Política República de Portugal, art.2
- [5] B. Kliksberg, “América Latina: La región más desigual de todas”, en: *Revista de Ciencias Sociales* v.11 n.3 Maracaibo, 2005
- [6] R. Arango, “Desafíos de 2012”, en: *El Espectador*, enero 11 de 2012.
- [7] R. Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- [8] D. López Medina, *El derecho de los jueces*, 2da ed., Bogotá, Legis, 2006.
- [9] M. Carbonell – L. García Jaramillo, eds., *El canon neoconstitucional*, 2da ed., Trotta, 2010.
- [10] M. J. Cepeda, *Polémicas Constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007.
- [11] C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007; *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado, 2005; *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009.
- [12] D. Landau, “Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law”, en: *Harvard International Law Journal*. Vol. 51, No. 2, 2010.
- [13] A. Noguera Fernández y M. Criado de Diego “La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”, en: *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá. Vol. 13, No. 1 (enero-junio)/11.
- [14] A. Noguera Fernández y M. Criado de Diego “La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”, en: *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá. Vol. 13, No. 1 (enero-junio)/11.
- [15] R. Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Legis, 2005.
- [16] *La Constitución Ecuatoriana de 2008* (Título II, cap. VII y Título VII, cap. II) incluye una serie de derechos de la naturaleza.
- [17] M. Sandel, *Justice. Whats the right thing to do?* New York, Farrar-Straus-Giroux, 2009.
- [18] J. Rawls *Teoría de la justicia*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1979. Primera parte del segundo principio de justicia, o principio de diferencia.
- [19] R. Guastini, *Estudios de teoría constitucional*. México D.F., IJ-UNAM – Fontamara, 3ra ed., 2007, pp. 153 y ss. L. Ferrajoli, “Democracia constitucional y derechos fundamentales”, en: L. Ferrajoli – J. J. Moreso – M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 91-92.
- [20] K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1982. N. Matteucci, *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid, Trotta, 1998. M. Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Trotta, Madrid, 2001.
- [21] M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales*. Apuntes de historia de las constituciones. Madrid, Trotta, 1996, p. 130.
- [22] L. Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en: M. Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003.
- [23] Véase, C-251/97. Sentencia C-481 de 1998 de la Corte Constitucional
- [24] C. Curtis (comp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires, Del Puerto – CELS, 2006.
- [25] N. Bobbio (ed.) *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 541.
- [26] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2da ed. 2007, pp. 488 y ss.
- [27] Raadhuset Main Hall, Oslo City, Dec. 10, 2009. Versión original tomada de [www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-acceptance-nobel-peace-prize](http://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-acceptance-nobel-peace-prize) (9-1-2010).
- [28] R. Arango, “Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales”, en: L. Clérico – J. Sieckmann (eds.) *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada, Comares, 2011.
- [29] R. Arango, “John Rawls y los derechos constitucionales”, en: J. J. Botero (ed.) *Con Rawls y contra Rawls*. Bogotá, Universidad Nacional, 2008, pp. 149 y ss.; “Realizando la justicia global”, en: F. Cortés Rodas – M. Guisti (eds.) *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2007, pp. 168 y ss.
- [30] Véase, T-426/92.
- [31] R. Arango, “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, en: *Revista de derecho público*, No. 12, Universidad de los Andes (junio) Bogotá, 2001; incluido luego en el cap. 3 de *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- [32] Sentencia del Tribunal Administrativo federal Alemán, BVerwGE 1, 159, 161.
- [33] Citada en las sentencias T-225 de 2005, T-1125 de 2003 y C-237 de 1997.
- [34] R. Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, p. 173.
- [35] R. Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Legis, 2005, pp. 173 - 174.
- [36] E. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden, Nomos, 1993.
- [37] F. Atria, “¿Existen derechos sociales?”, en: *Discusiones*. No. 4, 2004. F. Laporta, “Los derechos sociales y su protección jurídica”, en: J. Betegón et al., (coords.) *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid, Presidencia del Gobierno – Secretaría General Técnica, 2004.
- [38] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. R. Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Legis, 2005.
- [39] Abramovich – C. Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002. R. Gargarella, “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en: R. Arango (ed.) *Filosofía de la democracia*, Bogotá, Siglo del Hombre – Universidad de los Andes, 2007.
- [40] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 37, nota 107.
- [41] L. Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación”, en: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2003; “El constitucionalismo de los derechos” y “Réplica a Juan Antonio García Amado”, ambos en: M. Carbonell (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid, Trotta, 2007.

- [41] M. Ángeles Ahumada, *La jurisdicción constitucional en Europa*. Madrid, Thomson y Civitas, 2005. Véase también al respecto, A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid, Trotta, 2009.
- [42] G. Lopera Mesa, *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*. Medellín, Universidad EAFIT, Cuadernos de Investigación, 2004.
- [43] M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, Trotta, 1996, p. 131.
- [44] R. Alexy, *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2008; *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Barcelona, Gedisa, 2da ed., 1997.
- [45] R. Alexy, *Constitutional Review as Argumentative Representation*. Manuscrito aún inédito.
- [46] L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 2001, pp. 33 y ss.
- [47] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, pp. 488 y ss.
- [48] C. Sunstein – S. Holmes, *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton, 2000.
- [49] SU-1150/00 (M.P. Cifuentes). T-215/02 (M.P. Córdoba).
- [50] Ley 387/97. “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”.
- [51] T-038/09 (M.P. Escobar).
- [52] SU-1150/00 (M.P. Cifuentes). T-1635/00 (M.P. Hernández). T-327/01 (M.P. Monroy), T-1346/01 (M.P. Escobar).
- [53] T-215/02 (M.P. Córdoba). T-419/03 (M.P. Beltrán).
- [54] T-227/97 (M.P. Martínez).
- [55] SU-1150/00 (M.P. Cifuentes). Debido a la afectación que sufren los desplazados en la materialización de sus proyectos de vida.
- [56] Carlos Bernal Pulido, “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de las leyes”, en: *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- [57] Manuel José Cepeda, *Polémicas constitucionales*. Bogotá, Legis, 2007.
- [58] H. González Rodríguez, “Desaciertos de nuestra justicia”, en: *El Colombiano*, Medellín, 9 de junio de 2009.
- [59] A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*. Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1962, pp. 16 y ss.
- [60] R. Dworkin, “Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en: M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- [61] Sobre la constitucionalización del derecho penal, véase la sentencia, C-038/95. M.P. Martínez. Sobre la constitucionalización de los principios tributarios y la responsabilidad objetiva, la C-690/96. M.P. Martínez; y sobre la constitucionalización del derecho procesal, la C-131/02. M.P. Córdoba.
- [62] R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- [63] J. Aguiló, “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 de Colombia, 2011.
- [64] C. Sunstein, *Radicals in Robes*. New York, Basic Books, 2005.
- [65] S. Lagi, “Hans Kelsen: pensador político” (Leonardo García J., trad.), en: M. Montoya (ed.) *Hans Kelsen. El reto contemporáneo de sus ideas políticas*. Medellín: Universidad EAFIT, 2011.
- [66] G. Ramírez Cleves, “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo”, en: *Revista Derecho del Estado* No. 18, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- [67] C-350/94 (M.P. Martínez).
- [68] L. Ferrajoli, “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, p. 203.
- [69] R. Alexy, *Constitutional Review as Argumentative Representation*. Manuscrito aún inédito.
- [70] L. Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, secc. 1,3.
- [71] R. Alexy, *Constitutional Review as Argumentative Representation*. Manuscrito aún inédito.
- [72] J. Victorino Lastarria, *Elementos de derecho constitucional, 1848*. Agradezco esta referencia a Jorge Contesse.
- [73] P. Muller, *Las políticas públicas*, Bogotá, Universidad Externado, 2010.

## BIOGRAFÍA



Leonardo García Jaramillo, Abogado con estudios de filosofía. Actualmente finaliza estudios de maestría (énfasis en política), Universidad EAFIT. Profesor de la Escuela de Derecho y del Departamento de Humanidades, Universidad EAFIT. Profesor visitante, ITAM, México D.F. y conferencista en instituciones nacionales y extranjeras, como la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recientemente publicó *La democracia deliberativa a debate* y coordinó (EAFIT, 2011), con Miguel Carbonell, la edición académica de *El canon neoconstitucional* (Trotta, 2da ed.) y coordinó la edición académica y traducción de *Constitucionalismo democrático* (Siglo XXI, 2012). lgarcaiaj@cafite.edu.co