



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

La incidencia del Estado de Cosas Inconstitucional en las políticas públicas: *crisis de la separación de poderes o eficacia del discurso del Estado Social de Derecho*

Fabián Eduardo Mendoza Pulido

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, Colombia

2016

La incidencia del Estado de Cosas Inconstitucional en las políticas públicas: *crisis de la separación de poderes o eficacia del discurso del Estado Social de Derecho*

Fabián Eduardo Mendoza Pulido

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:

Magister en Derecho

Director:

Dr. Luis Manuel Castro Novoa

Línea de Investigación:

Profundización en Derecho Constitucional

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia

2016

La incidencia del Estado de Cosas Inconstitucional en las políticas públicas: crisis de la separación de poderes o eficacia del discurso del Estado Social de Derecho

Resumen

La figura del estado de cosas inconstitucional –ECI– ha generado múltiples controversias desde distintos sectores académicos, jurídicos e incluso políticos. Dichos sectores cuestionan el rol y los límites que debe tener el Tribunal Constitucional al momento de intervenir en ámbitos de política pública. En el marco de esta discusión, el presente trabajo ofrece un análisis de la forma en que ciertos discursos, insertos en la propia Constitución Política, determinan cómo los actores institucionales (el gobierno, el legislador y la Corte Constitucional) operan en el ámbito de las políticas públicas. El documento permitirá al lector encontrar elementos de juicio esenciales para entender la importancia de la figura del ECI para que las políticas públicas cumplan con los fines del Estado social de Derecho. Esta particularidad, que alude a un rasgo específico del Derecho, y que también constituye una diferenciación clara con las políticas públicas, implica nuevos retos en la aproximación al análisis de estas últimas en su relación con el primero.

Palabras clave: *Estado de cosas inconstitucional*, Estado social de derecho, sentencias estructurales, políticas públicas, eficacia simbólica, campo jurídico, capital simbólico, análisis crítico del discurso, discurso.

The incidence of Unconstitutional State of Affairs on Public Policy: crisis of separation of power or effectiveness of the discourse of social rule of law

Abstract

The Unconstitutional State of Affairs concept has been object of several debates that take place in several academic, legal and political settings. They question the role and limits that the Constitutional Court must be subjected to when it comes to intervene on public policies (policy). Within the framework of the discussion, the paper presents an analysis of the way in which certain discourses, included in the Constitution, determine how institutional agents (the government, the legislative, and the Constitutional Court) act within the scope of public policies (policy). Due to the document here to, the reader will find an essential tool that explains the importance of the Unconstitutional State of Affairs concept, as means for public policies to fulfill the ends of the Social Rule of Law. This division, which regards a specific feature of Law, and that also constitutes a clear differentiation from public policies, implies new challenges approaching the analysis of the latter as related to Law.

Keywords: *Unconstitutional State of Affairs*, Social Rule of Law, structural rulings, public policies, symbolic effectiveness, legal field, symbolic capital, critical discourse analysis, discourse.

Contenido

	Pág.
RESUMEN	
INTRODUCCIÓN	
PRIMERA PARTE: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL (ECI)	25
INTRODUCCIÓN	26
1. Los ECIs y las sentencias estructurales	26
2. Sentencias estructurales similares al ECI en el Derecho comparado	29
2.1 Los ejemplos Latinoamericanos	30
2.2 Las sentencias de remedios estructurales (“Structural Injunction”) en E.E.U.U	31
2.3 El caso Europeo	32
2.4 El caso India	33
2.5 El caso Sudáfrica	34
3. Evolución jurisprudencial de la figura jurídica del ECI	35
3.1 Los primeros ECIs: injerencia leve en las políticas públicas del Estado	35
3.1.1 Los ECI relacionados con problemáticas de política social: prestaciones laborales y sistema de seguridad social	35
3.1.2. Los ECI relacionados con las condiciones de reclusión de la población carcelaria.	40
3.1.3. Los ECI por ausencia de concurso público de méritos de Notarios.	42
3.1.4 El ECI por la omisión en la protección a defensores de derechos humanos.	42
Balance de la primera etapa de trabajo de la Corte.	43
3.2. Los ECIs de injerencia intensa en las políticas públicas.	43
3.2.1. La sentencia T-025 de 2004: el caso de la población en situación de desplazamiento y los enfoques diferenciales.	44
3.2.2. La sentencia T-388 de 2013: El segundo ECI por hacinamiento carcelario.	54
3.2.3. Dos ECIs especiales.	56
4. Elementos conceptuales consolidados en la evolución jurisprudencial	62
CONCLUSIÓN	62
SEGUNDA PARTE: LA DISCUSIÓN SOBRE LA INTERVENCIÓN DE LA CORTE EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS	64
INTRODUCCIÓN	65
1. Relación entre Derecho y Políticas Públicas	65
2. La intervención de la Corte Constitucional en las Políticas Públicas	70

3. El proceso de adjudicación en los procesos de tutela: de la microprotección inter-partes a la macro-protección a través de políticas públicas	72
4. La crítica por la intervención económica: El discurso económico es un campo vedado para los jueces.	75
5. La crítica jurídico-institucional contra el ECI: La crisis del principio de separación de poderes y el gobierno de los jueces.	77
6. La otra cara de la moneda: la Corte como actor en el desarrollo de las Políticas Públicas en la perspectiva del activismo judicial.	82
CONCLUSIÓN	85
TERCERA PARTE: EL CAMPO EN DISPUTA, EL ECI: QUIÉN DICE QUÉ SON LAS POLÍTICAS PÚBLICAS	88
INTRODUCCIÓN	89
1. La problemática del campo del ECI: Los discursos de la Constitución	89
2. La eficacia simbólica del ECI y su función como referencial de políticas públicas	95
3. El campo del ECI en el caso del desplazamiento forzado	100
4. La eficacia material del discurso del Estado social de derecho	103
5. El ECI como un instrumento de empoderamiento de la sociedad civil.	106
CONCLUSIÓN: Las virtudes y riesgos del ECI.	107
CONCLUSIONES	110
BIBLIOGRAFÍA	115

INTRODUCCIÓN

Con la expedición de la Constitución Política de 1991 se establecieron muchos retos para la sociedad y el Estado colombiano. La nueva fórmula de Estado social de Derecho implicó un giro en la concepción del papel del Estado y de sus obligaciones respecto a los ciudadanos. Las generaciones que crecimos bajo el manto de esta nueva concepción del Derecho entendemos que las instituciones y las normas sólo tienen sentido si se enmarcan en un horizonte de justicia material cuyo objetivo es lograr la satisfacción de los derechos humanos.

Dentro de este nuevo rol del Estado, el Derecho, y en especial el Derecho Constitucional, tiene un papel protagónico. La sujeción de toda forma de poder (político, económico, cultural, de género, mediático, etc.) a una Constitución fundamentada en derechos y principios constitucionales ha implicado grandes tensiones a la hora de justificar y legitimar la labor del juez constitucional y muy especialmente del Tribunal Constitucional.

Dentro del proceso de constitucionalización de un sistema jurídico –como el colombiano–, el ámbito de garantía de derechos tiene un carácter expansivo que tiende a llenar todos aquellos espacios en los cuales el derecho clásicamente no intervenía. En efecto, el derecho constitucional en las sociedades contemporáneas, ya no resuelve meros casos de protección y amparo de derechos en los que un ciudadano exige llanamente una acción o una abstención del Estado para evitar la vulneración de un derecho. En la actualidad, nada escapa al ámbito de regulación constitucional. Como lo señalaría Luigi Ferrajoli (2011) un poder que escapa al control constitucional es un “*poder salvaje*”.

El escenario contemporáneo es mucho más diverso y complejo que la simple regulación de la actividad de los individuos y las instituciones, el derecho –constitucional– actual enfrenta grandes dilemas que afectan sensiblemente el entramado social, cultural, democrático, económico e institucional de los Estados, y que tocan problemas estructurales de la sociedad: la discriminación por razones de raza, género, edad, etnia, u origen regional (sur-norte); la exclusión social derivada de diseños institucionales en

materia de salud o educación; el problema migratorio en las nuevas regiones supranacionales y en la lógica sur-norte globales; la redistribución del ingreso derivada de los procesos de industrialización y subordinación económica entre los países altamente industrializados y los productores de materias primas, etc.-.

No obstante, los ámbitos de protección a través de las acciones del Derecho no son suficientes para resolver este tipo de problemas estructurales. Muchos de ellos necesitan el esfuerzo mancomunado del Estado, la sociedad, e incluso del mercado para encontrar soluciones igualmente estructurales. Dentro de estos esfuerzos, las políticas públicas adquieren una relevancia especial como instrumentos para garantizar la protección y el respeto de los derechos humanos y necesidades sociales de forma masiva. Las formas de relación entre la protección de derechos humanos a través del Derecho y las Políticas Públicas son el tema de interés del presente documento.

El trabajo que ahora está a disposición del lector, hace parte de un proyecto de investigación mucho más amplio y que espero consolidar al largo plazo. Por tal motivo, en esta oportunidad he propuesto como trabajo de tesis de grado al programa de Maestría en Derecho (profundización Derecho Constitucional) de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, la presente tesis en la que me centro en analizar las interrelaciones y la tensión existente en la intervención de la Corte Constitucional en los ámbitos de las políticas públicas a través de la figura jurídica del “*estado de cosas inconstitucional*” (en adelante ECI).

El interés investigativo y académico que quiero promover con este trabajo está relacionado con la necesidad e interés por hallar y discutir los nexos entre las disciplinas del Derecho y las Políticas Públicas. Sobre este tema he encontrado que existe una relación de simbiosis entre el primero y las segundas y que, además, tienden a entrelazarse en dinámicas complejas de entender si no se observa con rigurosidad las diferencias que uno y otras conllevan.

Así por ejemplo, se hace necesario resolver si en la actualidad es posible considerar que sigue operando el principio de separación de poderes que tradicionalmente ha sido descrito por el constitucionalismo liberal clásico, o si en la actualidad las nuevas dinámicas de acción de los jueces, y especialmente de los tribunales constitucionales y su intervención en la discusión de problemas públicos estructurales, redefine este tipo de conceptos básicos para la estructura y funcionamiento de los Estados.

En este trabajo se mostrará que la formula particular del ECI, cuyo carácter es excepcional, ha sido utilizada por la Corte para tratar de solucionar algunos de los problemas estructurales ya mencionados, redefiniendo la lógica de interacción de los poderes públicos tradicionalmente entendidos como separados funcionalmente. Sin embargo, esta intervención ha implicado una crisis –tensión– del principio de separación de poderes y una fuerte discusión en relación con la conveniencia institucional y la

capacidad técnica de la Corte para intervenir en ámbitos que tradicionalmente no han sido de su competencia.

Con base en la problemática descrita, la pregunta de investigación que se formuló para adelantar esta investigación, se planteó de la siguiente manera: cómo se puede interpretar la tensión generada entre la Corte Constitucional y los demás poderes públicos, especialmente el gobierno, por establecer qué son las políticas públicas en el campo específico del “estado de cosas inconstitucional”. Esta pregunta, conlleva la necesidad de determinar cuáles son las consecuencias institucionales que esta tensión genera, y qué implica el desarrollo que esta figura jurídica podría para la sociedad y para el Estado colombiano.

Sobre el tema y con el fin de resolver los interrogantes formulados, el documento analiza principalmente tres aspectos: en una **primera parte**, se describe cuál ha sido la evolución de la figura del “estado de cosas inconstitucional” en la jurisprudencia de la Corte constitucional, con el fin de lograr una aproximación conceptual. Esta descripción está apoyada, adicionalmente, por los aportes que desde la academia y el derecho comparado se han realizado con el fin de entender a qué se hace alusión con el citado concepto.

En una **segunda parte**, se intenta hacer una descripción de las principales discusiones sobre relación que existe entre el Derecho y las Políticas Públicas para mostrar la forma en que influencia el uno a las otras, y cómo son utilizados por el Estado con el objetivo de garantizar, proteger y desarrollar los derechos humanos. En este capítulo en particular se señalarán las principales críticas que se han formulado sobre la intervención de la Corte en las políticas públicas.

Finalmente, en la **tercera parte**, se realiza un análisis crítico sobre la tensión que genera el campo del ECI el cual busca plantear una interpretación sobre los diferentes discursos constitucionales que subyacen no solo la visión del papel del Estado y sus poderes públicos, sino del cumplimiento de sus fines esenciales. Al final de la tercera parte, el lector encontrará el análisis de una diferencia fundamental entre las decisiones que se adoptan desde el Derecho respecto a las que se toman a través de las Políticas Públicas.

No obstante, previamente a desarrollar los anteriores temas, quiero precisar cuál es el marco teórico (horizonte de solución) de este trabajo, y la postura epistemológica (posición que adopto como investigador) con base en la cual describo y analizo el tema objeto de investigación.

Enfoque epistémico y marco teórico

Como el lector advertirá, este trabajo es principalmente una disertación de teoría constitucional, no obstante, se intentan articular varios “anclajes” teóricos que dan sentido a la interpretación que propongo. En gran parte, este documento plantea una discusión local, que por supuesto también tiene en cuenta una discusión global, sobre el rol que

juega el juez constitucional y principalmente el Tribunal constitucional en la institucionalidad democrática.

No obstante, como describiré en los párrafos siguientes, mi análisis incorpora elementos de la sociología del campo jurídico (García, 2014) que buscan dar cuenta de la tensión generada en el *campo* de regulación que realiza el derecho (Bourdieu, 2000) en los ámbitos de las políticas públicas. Por esta razón este trabajo no se trata únicamente de la dogmática constitucional, pues adicionalmente el trabajo incorpora una propuesta de orden epistemológico que espero desarrollar con mayor profundidad en investigaciones posteriores, y que se ubica en el plano de la *teoría crítica: el análisis crítico del discurso jurídico*¹.

Así para empezar es necesario señalar que la propuesta aquí contenida se apoya en el enfoque de las teorías críticas del derecho², en especial de aquella que analiza los discursos jurídicos desde un punto de vista externo (Correas, 1993: P. 139). Con esto quiero decir que se analiza el sentido ideológico de los discursos jurídicos, lo que implica la crítica específica de la manera de ejercer el poder a través de esos discursos, por arte de quienes utilizan su capital jurídico en la sociedad.

El diseño metodológico del trabajo tiene fundamento tres columnas o bases principales: en primer lugar, la *teoría del campo* de Pierre Bourdieu, la que utilizaré para analizar el campo jurídico, y más específicamente el *sub-campo* que se estructura en torno al ECI. En segundo lugar, el *análisis crítico del discurso*, cuyos desarrollos son propios de la lingüística pero que ha dado paso a un prolijo desarrollo en diferentes ciencias humanas y sociales como la historia, la sociología, la ciencia política, y muy germinalmente el derecho³. Y finalmente, desde el análisis de las políticas pública tomaré como marco de análisis la teoría del *referencial* de las políticas públicas de Pierre Müller, el cual permite

¹ El análisis del discurso es una postura teórico-epistemológica, utilizada generalmente por lingüistas (pero que también se ha utilizado por la ciencia política, la sociología o la historia) según la cual, el análisis de la *pragmática* permite entender cómo el lenguaje (entendido como potencialidad de dar significado) transforma la realidad social debido a su carácter *performativo*. El componente *crítico* plantea la necesidad de denunciar cómo las “formas” de la realidad se corresponden con estrategias de poder, de dominación o de exclusión social. Al respecto, consultar a Pardo (2013).

² La teoría crítica en términos generales, también es una postura política. La teoría crítica desmitifica la pretensión de cientificidad del derecho y de la labor que hacen los juristas. Bajo dicha perspectiva teórica, se parte de la aceptación del rol político de los actores, pero se acepta igualmente la postura política del investigador quien defiende una mirada de las relaciones de poder en particular, puesto que el discurso que desnuda científicamente la naturaleza política de su objeto es también un acto político. Esto no quiere decir que el análisis que se hace bajo la óptica de la teoría crítica implique ausencia de objetividad, puesto que la investigación debe seguir el máximo rigor posible en el manejo de los datos y los argumentos, que permitan otorgar a las conclusiones el máximo grado de validez y confiabilidad.

³ Repárese en que la postura teórica dentro de los análisis del discurso sigue siendo la crítica, pues dentro del análisis del discurso los enfoques críticos también tienen su propio desarrollo, razón por la que se tomará como referencia el trabajo de la profesora Neyla Pardo Abril (2013), así como el de María Laura Pardo (1996) y Oscar Correas (1993).

comprender la incidencia que tienen ciertos referentes simbólicos en la construcción y ejecución de las políticas públicas como acciones de gobierno. A continuación, describo con algo más de detalle los elementos de cada uno de las bases del trípode teórico que se utilizó en la investigación.

1. La teoría del campo jurídico de Pierre Bourdieu.⁴

La teoría del campo jurídico que plantea Bourdieu busca determinar cómo hacer un estudio del derecho en la sociedad tomando como punto central de ese estudio la propia estructura interna del derecho. Para ello, el sociólogo francés abandona el concepto de sociedad y en su lugar plantea el de campo⁵ y el de espacio social. La tesis general del autor afirma que desde la sociología del campo jurídico, existe una conexión ineludible entre la organización de los actores jurídicos y la estructura de la racionalidad formal que defienden, que genera una gran resistencia al cambio y la insistencia en el carácter formal de la racionalidad del derecho.

Ahora bien, dentro su “*caja de herramientas*” Bourdieu utiliza como instrumento principal el concepto de “*campo*”. En el caso particular del derecho, el campo jurídico hace referencia a una parte del espacio social en el que distintos agentes pugnan por el monopolio para decir qué es el derecho. Los lugares en el campo son ocupados por diferentes actores ya sean abogados, jueces, profesores, personas que ocupan una posición respecto al campo general del poder⁶ y en el que se lucha o se compete para determinar la autoridad que en última instancia diga qué es o no derecho. En esa perspectiva, el espacio social es un conjunto de relaciones entre agentes sociales cuya estructura viene determinada por la cantidad y estructura del capital que poseen esos agentes, y por los cambios que a lo largo del tiempo se produce en esta relación.

El método que utiliza Bourdieu niega los extremos tanto del formalismo como del determinismo jurídico, planteando la existencia de una autonomía relativa del campo jurídico. De esta manera, Bourdieu realiza una crítica que rechaza a un mismo tiempo la perspectiva puramente interna del derecho –*objetivista*– que ve el derecho como un conjunto de normas incorporadas en una estructura formal, y la postura –*estructuralista*– externa que ve el derecho como un subproducto, como algo casi o totalmente

⁴ La descripción que a continuación se hace está fundamentada en el texto: Bourdieu, Pierre, y Teubner Gunter, (2000), *La Fuerza del Derecho*, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, Pp. 155 – 220.

⁵ Un campo es simultáneamente un *espacio de conflicto y competición*, análogo a un campo de batalla, en el que los participantes pelean por establecer el monopolio sobre el tipo de capital efectivo dentro de él y el poder para decretar la jerarquía y los ‘tipo de cambio’ entre todas las formas de autoridad en el campo del saber.

⁶ El campo del poder no es un campo como el resto de los campos sociales, sino que por su forma de constitución engloba parcialmente a los demás. Bourdieu dice que “el campo del poder es un *campo de fuerzas* definido por la estructura del balance de fuerzas existente entre formas de poder, o entre diferentes especies de capital.” Es también de manera simultánea un “*campo de luchas por el poder entre los distintos detenedores de diferentes formas de poder.*” (Wacquant y Bourdieu, 1992: P. 76, citado por Bourdieu, 2000: P. 65).

determinado por condiciones externas a él, condiciones de poder económico, élites o cualquier otro factor, que, niegan su autonomía *esencial*.

Por lo tanto, lo que hace Bourdieu es una crítica de las posiciones corporativas en el campo jurídico que pone de manifiesto cómo la evolución del derecho está ligada no solo a factores externos, sino a las propias reglas de competencia entre los actores dentro del derecho; y que critica el formalismo jurídico, no desde su falsedad, sino desde su utilidad última: el mantenimiento de las estructuras que permiten la creación y acumulación de capital jurídico⁷.

Así, en el campo, los agentes y las instituciones luchan permanentemente por apropiarse de productos específicos que se encuentran en disputa –aumentar capital–, de acuerdo con las regularidades y las reglas constitutivas de este espacio de juego (y en ocasiones sobre las mismas reglas de juego), con distintos niveles de fuerza entre los competidores y, por tanto, con muy diversas probabilidades de éxito.

En el caso del campo jurídico, este viene definido por un *interés específico*, al igual que el resto de los demás campos posibles. Ese interés específico, como se observa en las luchas que se dan al interior del campo jurídico o en la relación del campo jurídico con el campo de poder, no es la eficiencia jurídica o la justicia social. El interés aquí vendría vinculado con la creencia en una forma de racionamiento específico, en el formalismo del derecho o cuando menos, en la aceptación del mismo como forma necesaria para tomar parte en el juego. Ese interés es lo que Bourdieu llama la *illusio* específica del campo. Esta se activa cuando se da por asumido que jugar en el campo es valioso, y se caracteriza por reconocer tácitamente los valores que se encuentran en disputa en el juego y el dominio de sus reglas.

⁷ En este punto es importante definir y diferenciar las formas de capital simbólico que plantea Bourdieu. En primer lugar, señala que existe un **capital cultural** que es básicamente un capital informacional, es capital que tiene que ver con la posesión de un tipo de información valorada en el espacio social en general, o en el campo jurídico en concreto. El acceso a esta información se encuentra limitado, bien por las propias condiciones del objeto de conocimiento, o bien por las condiciones al interior del campo en el que se produce esta información. Por su parte, el concepto de **capital social** es la suma de recursos, actuales o virtuales que acumula un individuo o un grupo al estar en posesión de una red, más o menos institucionalizada de relaciones de mutuo conocimiento y reconocimiento. El capital social es una red de generación de capital, las personas participantes en el campo jurídico, notarios, procuradores, abogados, que poseen las conexiones con el campo político, con el educativo, o con el científico para defender e incrementar las cantidades de capital jurídico que poseen. El **capital jurídico** se plantea como una forma de capital cultural que puede tomar varias formas dentro del propio campo jurídico. El capital jurídico se encuentra reforzado por el capital social que está en manos de los juristas por la posición relativa del campo jurídico al interior de la sociedad, pero también porque los participantes en el campo jurídico tienen, en muchas ocasiones, capital social proveniente de la correspondencia entre sus posiciones en el campo jurídico y las posiciones que ocupan en el campo social. Ese capital jurídico toma la forma de capital simbólico en muchas ocasiones. Finalmente, el **capital simbólico** se crea cuando una forma de capital, mediante categorías de percepción, es reconocido en la lógica interna de un campo. Si se quiere, se puede decir que el capital simbólico esconde la arbitrariedad de quien lo posee o acumula.

Ahora bien, la idea de campo como un espacio de juego remite al mundo de la *formación* de las reglas de juego. Campo y hábito⁸ son conceptos que están relacionados y que se complementan: uno funciona gracias al otro y viceversa. La idea de hábito poco tiene que ver con la idea de costumbre, en el sentido jurídico, o en el sentido cotidiano de la palabra. Los hábitos como dice el propio Bourdieu:

(...) son sistemas de disposiciones duraderas y transferibles, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes, es decir, como principios de generación y estructuración de prácticas y representaciones que pueden ser objetivamente “reguladas” y “regulares”, sin ser en ningún caso el producto de obediencias a reglas; pueden ser objetivamente adaptadas a sus fines sin presuponer una dirección consciente hacia ellos o sin poseer una maestría expresa de las operaciones necesarias para conseguirlos y, sumado todo esto, (los hábitos) pueden ser colectivamente orquestados sin ser el producto de la acción orquestante de un director. (Bourdieu, 2000: P. 67)

Cuando Bourdieu se refiere a las categorías del pensamiento como estructuras estructuradas e históricamente construidas, plantea que las categorías jurídicas de los actores jurídicos, principalmente los abogados, tienden a reproducirse a lo largo del tiempo, y que el cambio en el espacio social, y en el campo jurídico y de las estructuras jurídicas, se encuentra limitado por las categorías que aplica. De manera que, las categorías de pensamiento de los juristas son el instrumento perfecto para mantener la distribución de poder del campo, dentro del mismo campo y, entre el campo y el resto de la sociedad.

Los *habitus* jurídicos, son categorías de percepción y de apreciación que estructuran la forma de percibir y apreciar los conflictos ordinarios y que orientan el trabajo destinado a transformarlos en confrontaciones jurídicas⁹. Dichas categorías están en la base del

⁸ Los hábitos fomentan la producción de las estructuras objetivas (el lenguaje, la economía, el derecho) del espacio social y de los campos en forma de disposiciones durables. El hábito se auto reproduce, aparece como una parte constitutiva del espacio social, determina las acciones, los pensamientos, las percepciones, pero sólo al interior de las condiciones históricas de su producción, es decir, al interior de las acciones, pensamientos y percepciones ya existentes. En palabras del autor, los hábitos “*tienden a reproducir las estructuras objetivas de las cuales son el producto, son determinadas por las condiciones pasadas que han producido el principio de su producción*”.

⁹ De esta manera, los hábitos utilizan la *codificación* para “*poner en forma y poner las formas*”. El hábito, por su propia naturaleza, se encuentra ligado parcialmente con lo vago y con el devenir. El hábito actúa de forma indeterminada, móvil, dificulta la estabilidad de la estructura del campo el monopolio del campo jurídico oculto en gran medida bajo la forma de capital simbólico. Por tanto utiliza la *codificación*, la fijación de rituales, permite alejar las situaciones potencialmente peligrosas para el campo jurídico, fijándolas y, a través de los mecanismos de negación del derecho, haciéndolas aparecer como necesarias. Sin embargo, si la codificación surge como un mecanismo de estabilidad del sistema, en cuanto evita los riesgos de la indeterminación al interior del campo, es también el instrumento por esencia que permite al derecho *presentarse* como autónomo y como necesario en su construcción sistemática y neutra. La codificación tiene tres efectos: (i) facilita la fijación del conocimiento, maestría en el mismo, mediante la objetivación que produce; (ii) supone

poder, son el instrumento mediante el cual se consigue el *efecto de apropiación*¹⁰ del que hablará Bourdieu.

En gran medida, Bourdieu enfila su crítica contra el formalismo jurídico como estrategia de acumulación de capital simbólico. El formalismo jurídico aparece como la base sobre la cual los agentes e instituciones jurídicas construyen el monopolio en el uso del derecho. Mediante el formalismo jurídico, el jurista puede defender la existencia de un método propio, *neutral*, capaz de dar una solución justa usando principios universales o universalizables idóneos para legitimar la decisión jurídica por sí misma. El formalismo está en la base de dos efectos del derecho¹¹: el fenómeno de *apriorización*, ligado al uso del lenguaje jurídico que se construye con la intención de crear un efecto de universalización; y un efecto de *neutralización* del lenguaje jurídico que lo plantea como justo, alejado de la política o cualquier tipo de conveniencia, incluso, moral.

Sin embargo, el análisis de Bourdieu pone el acento del cambio del derecho en la propia estructura del campo: son los participantes en el juego los primeros en asegurarse de que el campo pueda transformarse de manera que convenga a sus intereses. Como recordará el autor "*el dominio cultural es siempre dominio de las formas de un campo determinado*". Las formas de nuestro campo solo se consolidan mediante la creación de una tradición y esa tradición está ligada a la existencia de un *corpus*, de un conjunto de normas fijadas y cognoscibles y, por ello, interpretables una y otra vez.

De este panorama emerge un derecho que tiene un componente esencial que no tiene conexión con las normas. La actividad de las personas encargadas de crearlo, interpretarlo, racionalizarlo y aplicarlo, no siempre coincidentes. La *parte no jurídica* que determina la actividad de los agentes e instituciones al interior del campo no está ligada a la actividad propiamente jurídica exclusivamente, sino que en muchos casos, especialmente al interior de la administración burocrática del derecho, sigue estrategias que están ligadas a la competencia con otros agentes e instituciones, o que persiguen finalidades ligadas al propio reconocimiento profesional.

la oficialización del saber, permite que todo el mundo sea testigo y a la vez inquisidor de aquello que se hace, ratificándolo, homologándolo, mediante un esquema lingüístico; y (iii) permite la formalización racional, no mágica, del conocimiento. La codificación abre la puerta a la universalización de categorías que son propias y, en gran medida, arbitrarias. Mediante la formalización, los rituales adquieren el valor de procedimientos legítimos, exponiendo a los afectados las normas que garantizan la solución no arbitraria –es decir, la solución decidida individual o colectivamente por agentes no creyentes en el código jurídico–, de los conflictos sociales.

¹⁰ Por efecto de apropiación, se entiende el conjunto de mecanismos, de prácticas, que se dan en el campo jurídico, y que *legitiman* la forma de capital jurídico que se posee de manera arbitraria.

¹¹ Bourdieu llegará a concluir que el Derecho actúa como la forma de violencia simbólica por excelencia, pues da forma a prácticas que a partir de ese momento se reconocen como convenientes, legítimas y necesarias.

CARACTERÍSTICA DE UN CAMPO	CARACTERÍSTICA DEL CAMPO JURÍDICO
1. Es un espacio limitado (Bourdieu, 2000: P. 62)	1. El campo jurídico es un espacio limitado por la idea de <i>competencia jurídica</i> (en el sentido de capacidad) (Bourdieu, 2000: P. 186), que deja fuera a los profanos, a los que no tienen ni la autoridad ni la capacidad de poner en forma sus peticiones. (Ibíd.)
2. Es un espacio de lucha (Bourdieu, 2000: P. 62)	2. En el campo jurídico se enfrentan permanentemente concepciones sobre la forma de entender el derecho (praxis o teoría) y sobre cuáles deben ser los principios que deben regir el derecho en su conjunto. (Bourdieu, 2000: P. 63)
3. Es un espacio definido mediante regularidades (Bourdieu, 2000: P. 62)	3. En el campo jurídico operan reglas de conducta que determinan qué es lo que les está permitido hacer a los agentes e instituciones y qué no les está permitido hacer. Estas reglas tienen una doble función: Aparecen como <i>neutras</i> , necesarias para la administración; y de otro, contribuyen a que el espacio tienda a permanecer <i>estable</i> en cuanto a las distribuciones de poder en su interior, al menos en lo que se refiere a su estructura básica (relaciones entre jueces, abogados, etc.) (Ibíd.).
4. Presenta momentos de crisis coyunturales, donde las reglas que hasta ese momento venían regulando el juego se cuestionan (Bourdieu, 2000: P. 62)	4. Cíclicamente, el conflicto se ramifica y afecta, no ya a los participantes en el juego, sino a las reglas por las cuales los participantes se regirán en el futuro al interior del campo. (Ibíd.)
5. Es un espacio donde la distribución de fuerzas es desigual (Bourdieu, 2000: P. 62)	5. Existe una fuerte correspondencia entre el poder al interior del campo jurídico y la posición de los agentes y de las instituciones en el espacio social. (Ibíd.)

2. Análisis crítico del discurso jurídico

La segunda columna vertebral de este trabajo lo constituye el análisis del discurso, y más específicamente, debido al enfoque crítico del trabajo, el análisis crítico del discurso. El análisis crítico del discurso, parte de entender que los discursos jurídicos tienen un doble sentido: el deóntico y el ideológico, el análisis se centra sobre éste último. Respecto del sentido deóntico del derecho, debe recordarse que las normas no son ni verdaderas ni falsas, razón por la que la crítica sólo podría tener como objeto declarar la justicia o la injusticia de la modalización de esas conductas. De eso no trata este trabajo. De lo que sí

se trata es de analizar críticamente el sentido ideológico del derecho y de la ideología jurídica (Correas, 1993: P. 140).¹²

Como el lector intuirá, aceptar este enfoque de análisis necesariamente implica aceptar premisas teóricas, sociológicas, filosóficas e incluso lingüísticas según las cuales el derecho, como forma particular del lenguaje, no tiene una mera función *constatativa* de la realidad social, sino que es fundamentalmente *performativa* de ésta, o para citar a John Austin, el derecho *hace cosas con palabras* (Austin, 2006). Por esta razón, el diseño metodológico bajo el cual se realizó esta investigación¹³ está directamente enfocado en el análisis crítico de los discursos jurídicos, el cual determina no solamente el método que se deriva de la postura epistemológica abordada (el investigador analiza el carácter *performativo* del lenguaje), sino también las herramientas para la recolección y procesamiento de la información, y las técnicas de investigación utilizadas.

El análisis del discurso, rastrea las expresiones de significado. Para interpretar el discurso, a su vez, se necesita conocer los procesos de cognición, los cuales son de orden simbólico y tienen distintos niveles:

1. Individual/subjetivo: representaciones mentales individuales que proceden de la experiencia.
2. Modelos mentales: conjunto de modelos mentales compartidos por actores sociales.
3. Representaciones sociales: recursos de socialización, en los cuales éstas se asumen como conocimiento incontrovertible.
4. Ideología: constituyen las formas más elaboradas de sistemas de creencias a nivel de grupos sociales.

En el análisis del discurso, la vida social se puede entender como una serie de redes interconectadas de prácticas sociales de diferentes tipos (económicas, políticas, culturales, etcétera). Cada práctica tiene elementos semióticos. La motivación para centrarse en las prácticas sociales estriba en el hecho de que permite combinar la perspectiva de la estructura y la perspectiva de la acción, que a su vez permite reproducir la estructura así como transformarla. Este último elemento es determinante para esta investigación, puesto que la incidencia del lenguaje en la acción social, en el marco del

¹² Lo que se analiza de forma crítica es cómo las ideologías de los discursos jurídicos pretenden describir fenómenos sociales desde una óptica particular, que no necesariamente corresponde con la realidad, o que, incluso, la condicionan. Como lo señala el profesor Oscar Correa: (...) *Para la ciencia [jurídica] tradicional, si el código dice que el contrato es un acuerdo de voluntad, entonces el enunciado que lo repite es verdadero. Para esta ciencia jurídica, para esta "Metodología Jurídica", entre los juristas y los loros no hay diferencia significativa (...).*

¹³ La investigación se desarrolló en tres fases principales: una fase de aproximación temática y teórica, y de recolección de información, construcción de fichas de jurisprudencia y fichas de lectura; una segunda fase de análisis en la que se realiza el trabajo de descripción, problematización, análisis, explicación, proposición y evaluación de la situación problemática bajo examen; y una fase final de documentación de los resultados de la investigación.

ECl, ha permitido transformaciones en la estructura y las prácticas sociales en los temas que han sido relacionados con el fenómeno que se estudiará.

Para el análisis se escogió un *corpus*¹⁴ conformado por los documentos que permiten dar cuenta de los discursos que se van a analizar, particularmente, las sentencias en las cuales la Corte ha declarado ECIs, y documentos de la doctrina especializada que ha analizado dicha figura. Igualmente, se establecen los *actores*¹⁵ (discursivos y sociales), quienes materializan en acciones los discursos e interactúan reconstituyendo y transformando tanto los discursos como las acciones sociales. El actor principal como se verá, es la Corte Constitucional.

Adicionalmente, se valoran: (i) los temas, los (ii) espacios y los (iii) tiempos. Los temas son los elementos de contexto que dan sentido a los discursos y sobre los cuales giran las representaciones sociales que los actores reproducen. Por su parte, los espacios-tiempos son los elementos de delimitación de los discursos y que lo incrustan en un contexto socio-histórico particular. Finalmente, se analizan también las (iv) acciones, que son las materializaciones de los discursos, es decir las formas en las que las representaciones que son transportadas en los discursos se hacen formas concretas de actuar o de orientar la acción social. Respecto a las herramientas de investigación, se utilizaron fichas de recolección argumentativa¹⁶, y líneas jurisprudenciales, particularmente de las sentencias que se citan en este trabajo.

Ahora bien, dentro de las diferentes posibilidades que ofrece la perspectiva del análisis crítico del discurso, en este trabajo se busca analizar una estrategia discursiva en particular: la *legitimación*. Esta estrategia permite que los actores –generalmente institucionales– posicionen ciertas representaciones sociales debido a que poseen una cualidad de autoridad, este es el caso de las instituciones del Estado; dicha estrategia permite la orientación de la conducta social debido a la capacidad de movilización de recursos que tiene la autoridad legitimadora, lo que permite crear, establecer y estabilizar ciertos referentes de acción para otros actores.

La selección de la estrategia de legitimación no es arbitraria. En este trabajo se analizan dos tipos de discursos en particular: el *discurso institucional* representado en las sentencias de la Corte constitucional que han declarado el ECI; y el *discurso doctrinal* de aquellos representantes de la academia que se han referido a la conveniencia o no de la

¹⁴ El objeto de estudio en el cual se puede apreciar determinado discurso.

¹⁵ Los actores están constituidos por dos tipos: los *actores discursivos* que son los productores de las representaciones y discursos que constituyen las maneras de ver la realidad desde una postura ideológica en particular. El segundo tipo de actores son los *sociales*, que constituyen los destinatarios e interlocutores de los discursos.

¹⁶ Fichas RA: Estas fichas permitirán recopilar información de las diferentes fuentes documentales como libros, revistas, documentos digitales, investigaciones, providencias judiciales, documentos oficiales, etc. Con estas fichas se sistematizó la información recolectada de cada fuente en particular.

intervención de la Corte en las políticas públicas. La posición asumida en los dos discursos gira en torno a defender la legitimidad o no que tiene la Corte para intervenir en el campo de las políticas públicas. El análisis de ese campo de lucha discursiva es el que se realiza a través de los aportes del análisis crítico del discurso.

En suma, con base en esta artesanía heurística pretendo demostrar que en el caso del ECI nos enfrentamos a una tensión de discursos encontrados entre la Corte constitucional y los demás poderes públicos, especialmente el gobierno. En el marco de esta diferencia, evidencio que la Corte ha constituido el campo del ECI como un espacio específico de lucha por establecer qué es el derecho y qué son las políticas públicas sobre los problemas públicos que dicha figura pretende resolver. En este proceso, la Corte se plantea como un *mediador* para el desarrollo de las políticas públicas que no han sido adelantadas por la precariedad¹⁷ del gobierno y el congreso en el cumplimiento de sus competencias constitucionales. No obstante, el análisis demuestra que la Corte termina por imponer su capital simbólico-jurídico con la intención de materializar un proyecto constitucional particular, y así, en última instancia, pretendiendo lograr la eficacia del discurso del Estado social de Derecho.

3. El enfoque del referencial para el análisis de política pública.

El tercer cimiento teórico que se utilizará en este trabajo es el análisis de políticas públicas a través del enfoque del *referencial* planteado por el profesor Pierre Müller (Müller, 2002). Este enfoque examina las políticas públicas desde una perspectiva de proceso según la cual su evaluación no se limita a los documentos o normas mediante las que se plasma la política pública, sino que comprende la interacción entre quienes la diseñan y quienes, desde el sector público y privado son responsables de ponerla en práctica.

La propuesta teórica de Müller se fundamenta en el análisis cognitivo de la política pública, para lo cual se estudia la acción de la política pública como un proceso de marcos de interpretación del mundo, a partir de los cuales tanto los actores públicos (gobierno, administración, instituciones, etc.) como los actores privados (grupos de interés, partidos políticos, intelectuales, etc.) desarrollan sus estrategias para definir los contenidos de las políticas públicas.

En el enfoque del *referencial*, Müller plantea la existencia de cinco principios para el análisis de las políticas públicas: *(i)* no se puede separar el juego político de la acción pública (política pública); *(ii)* las políticas públicas se pueden considerar como la construcción y la puesta en marcha de normas con el fin de lograr cohesión social; *(iii)* debido a la complejidad que implica la cohesión social, las políticas públicas se deben pensar como aprendizaje e invención intelectual; *(iv)* la principal función intelectual de la política pública

¹⁷ En este caso, me referiré a la precariedad de la actuación, no solamente como la falta de institucionalidad necesaria para enfrentar determinado problema público, sino como la falta de interés político en resolverlo.

es el concepto de **referencial** según el cual una política pública consiste en construir una representación, una imagen de la realidad sobre la que se quiere intervenir; y (v) el establecimiento de un conjunto de actores como los *operadores de transacción* o **mediadores** que realizan la construcción del referencial de una política pública a través de la creación de las imágenes cognitivas que determinan la percepción del problema por parte de los grupos y actores, y la definición de las soluciones apropiadas a través del establecimiento de un marco de interpretación del mundo.

Como se puede notar, el concepto central que utiliza Müller es el de *referente* (o referencial) de la política pública. Con este se hace alusión a la “*imagen de la realidad sobre la cual se quiere intervenir*”, y que permite que con base en esta referencia o imagen cognitiva, los actores organicen su percepción de un problema público, confronten las soluciones, y definan las propuestas de acción (Müller, 2002, P. 73). El *referencial* se compone de tres elementos:

- (i) el *referencial global* que es una representación general alrededor de la cual se ordenan y jerarquizan las diferentes representaciones sectoriales, y está conformado por un conjunto de valores fundamentales que constituyen las creencias básicas de una sociedad, su relación con el mundo, así como por el conjunto de normas que permiten escoger entre varias conductas;
- (ii) el *referencial sectorial* con el cual explica la formación de una imagen del sector o de la profesión;
- (iii) la articulación entre los dos anteriores, que se hace a través de unos *operadores de transacción* o algoritmos que componen el campo cognitivo del decisor de la política pública.

Con base en este marco de análisis, propongo considerar que el ECI se constituye en un verdadero *referencial* de política pública en tanto genera y moldea un conjunto de representaciones o imágenes de la realidad sobre las cuales se pretende intervenir. En efecto, con la institucionalización de la figura del ECI la Corte constitucional establece un conjunto de valores fundamentales que giran en torno a la garantía y goce efectivo de los derechos fundamentales, que se erigen en las creencias básicas que debe defender la sociedad en relación con su manera de vivir dignamente en el mundo y que guían sus acciones. Esta imagen (*referencial*) determina el accionar de las instituciones y de los actores que se ven afectados por las decisiones adoptadas en relación con el ECI.

Y, dentro de esta institucionalización, la Corte Constitucional se sitúa como el principal *mediador* en la construcción del referencial del ECI. La Corte ocupa una posición estratégica privilegiada en el sistema de decisiones porque formula el marco dentro del cual se desarrolla determinada decisión, política pública o acción de gobierno derivada del ECI. Combina tanto su capacidad de construcción del referente como su poder institucional para determinar la actuación de los actores determinando su lugar y rol en el desarrollo de una política pública.

PRIMERA PARTE:

***Aproximación conceptual al
estado de cosas inconstitucional
(ECI)***

INTRODUCCIÓN

El primer peldaño de este trabajo lo constituye una parte descriptiva. Para poder problematizar sobre los dilemas que en torno a la teoría constitucional implica la intervención de la Corte constitucional en las políticas públicas a través del denominado “*estado de cosas inconstitucional*” resulta, por demás, obvio que tengamos claramente delimitado a qué nos estamos refiriendo con dicho concepto.

La investigación sobre el tema muestra que la figura del ECI no es un asunto novedoso creado por la Corte Constitucional colombiana, pues tiene un correlato en el derecho comparado por la utilización de figuras similares en otros países, no solo de la región, sino de otras latitudes del mundo. La evidencia lleva a realizar una distinción importante por la existencia de una categoría especial de decisiones judiciales, a las que se hará referencia en esta tesis bajo la denominación de “*sentencias estructurales*”. Dentro de esta categoría especial se ubican los ECI. Finalmente, tras analizar algunos casos de este tipo de decisiones, tanto en algunos países de la región, como de otras latitudes, considero posible encontrar algunos parámetros que permitan, con algo más de detalle, teorizar sobre el tema del ECI en Colombia.

Ahora bien, en el caso colombiano la figura jurídica del ECI ha surgido principalmente a raíz de su definición en la jurisprudencia de la Corte constitucional. Por esta razón será necesario realizar una breve reseña de la evolución jurisprudencial del ECI, dentro de la cual se destacará de manera notoria un pronunciamiento judicial paradigmático en la materia: la sentencia T-025 de 2004. Esta sentencia marcará la pauta para entender los alcances del concepto de ECI y su incidencia en las políticas públicas.

1. Los ECIs y las sentencias estructurales

Una precisión importante a la que lleva el análisis del concepto del ECI es que este hace parte de lo que algunos tratadistas han llamado *sentencias estructurales*¹⁸ o de reforma estructural, en lo que, en última instancia, parecería una relación lógica entre género y especie. En efecto, dentro del amplio abanico de decisiones que pueden tomar los jueces, existen algunas que pueden dar respuesta a problemas estructurales del Estado. No obstante, dicho tipo de pronunciamientos pueden no constituir un ECI a la luz de la doctrina establecida por la Corte Constitucional colombiana.

¹⁸ Algunos autores como Gerald Rosenberg, que podrían denominarse “*neorrealistas*”, plantean que un fallo es estructural o no en una sociedad, si los efectos de la decisión generan un cambio constatable en la conducta de los destinatarios inmediatos de la misma. De manera que al entender el Derecho como un conjunto de normas que moldean la conducta humana, plantean un “*test de causalidad estricto*”, para determinar el grado de incidencia de la decisión judicial en los individuos, grupos o instituciones que los litigantes y jueces pretenden influir con sus estrategias o decisiones. Al respecto, consultar Rodríguez, “*Evaluando el impacto y promoviendo la implementación de las sentencias estructurales sobre DESC en Colombia*” (Documento preliminar de trabajo, marco teórico y metodológico, consultado vía web en: docs.escri-net.org/usr_doc/Rodriguez-Colombia-espanos.pdf).

En este sentido, existen un sinnúmero de situaciones o problemáticas públicas que a pesar de afectar a un número plural de ciudadanos de forma sistemática y envolver a varias instituciones del Estado dentro de las responsabilidades que ellas corresponden en el marco del cumplimiento de las políticas públicas, puede que no se reflejen en casos de congestión del aparato judicial, el cual es un requisito para declarar un ECI.¹⁹

Como se demostrará, la figura jurídica del ECI tiene especiales connotaciones que van más allá de su *cualidad práctica* (efectos materiales), y que la diferencian de otro tipo de decisiones judiciales. Los ECI tienen cierta cualidad *simbólica*, ligada a los efectos de la decisión y que son propios además de los fallos judiciales como las acciones de tutela pero que toman un carácter particular cuando se utilizan frente problemas estructurales en ámbitos de políticas públicas. En este sentido, la declaratoria del ECI busca otorgar *status* de problema constitucional estructural a una situación determinada, lo que conlleva a que el juez constitucional guarde competencia con miras a hacer seguimiento al problema.

No obstante lo interesante y relevante que pueda resultar la precisión respecto al concepto de sentencias estructurales, y la precisión relativa a que los ECIs hacen parte de las mismas, el objetivo principal del presente trabajo se limita al análisis e implicaciones de los casos de ECI. Sin embargo, pese a no ahondar en la mencionada diferenciación (no toda sentencia estructural es un ECI) vale la pena señalar de manera general algunas de las características que desde una aproximación teórica se han atribuido a los fallos estructurales. Como señalaran Rodríguez y Albarración (2011)²⁰ las sentencias de este tipo –estructurales– tienen básicamente cuatro tipos de efectos:

- 1) **directos**: son los que afectan a las partes del litigio o a los beneficiarios del mismo o afectados por sus órdenes.
- 2) **indirectos**: se refiere a los efectos que se desprenden del fallo sin hacer alusión a las órdenes emitidas, afectando a actores externos a los vinculados al litigio.
- 3) **instrumentales**: aluden a las transformaciones en la conducta del individuo y de los grupos sociales, que generalmente se traducen en cambios normativos o de política pública.
- 4) **simbólicos**: estos se reflejan en cambios de orden cultural e ideológico respecto del asunto resuelto en el litigio.

Estos efectos de las sentencias estructurales, que indudablemente están presentes en los ECIs, pueden interrelacionarse entre sí, generando distintas combinaciones como: 1)

¹⁹ Un caso paradigmático de esta situación es la reciente sentencia del 2014 del Consejo de Estado colombiano en relación con la histórica problemática ambiental del río Bogotá, en lo que constituye un claro caso de un fallo que atiende a una problemática estructural que ha afectado a la población de la región capital durante décadas. Sentencia del 28 de marzo de 2014, Consejo de Estado, Sección Primera, Ref. AP-25000-23-27-000-2001-90479-01.

²⁰ En igual sentido Rodríguez y Rodríguez (2015).

efectos *instrumentales directos*, por ejemplo cuando se ordena expedir normas; 2) efectos *instrumentales indirectos*, como la entrada de nuevos actores a la discusión que originó el litigio; 3) efectos *simbólicos directos*, cuando la decisión cambia la percepción de la comunidad sobre el problema; o 4) **efectos simbólicos indirectos**, cuando por ejemplo la decisión modifica la opinión pública sobre la problemática social que se analizó. Se reitera, en el caso de las sentencias estructurales, incluidas los ECIs, encontramos todas las combinaciones de estos efectos.

Adicionalmente, existen algunos aportes de la doctrina nacional para entender qué es y cómo opera la figura jurídica del ECI. El profesor **Cesar Rodríguez Garavito**²¹ ha analizado cuáles son las condiciones para la declaratoria del ECI, y cuáles son las condiciones para la superación del mismo, a través del estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Según Rodríguez, la figura del ECI está basada en un diagnóstico mixto de fallas estructurales en los procesos de políticas públicas. Sus resultados se analizan a la luz del goce efectivo de derechos por parte de la población afectada, razón por la que la Corte ha evaluado los avances en la protección de dichos derechos.²² En los casos de sentencias estructurales como el ECI, este tipo de fallos se caracterizan por:

- a. Afectar a un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, bien directamente o a través del litigio en causa propia;
- b. Demandan a varias entidades como responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas;
- c. Implican órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez prescribe a varias entidades públicas iniciar acciones conjuntas o coordinadas para proteger los derechos de la población afectada por la vulneración de derechos, que no incluye solamente a la población demandante del amparo constitucional.

Así, el ECI se caracterizaría en su naturaleza por:

1. tener una finalidad práctica, que busca que el Estado cumpla con las políticas públicas respecto a un problema público particular;
2. implica un proceso de seguimiento que asegure su eficacia y promueva la colaboración entre los diferentes actores intervinientes, tanto públicos como privados;
3. y principalmente tiene un carácter excepcional en tanto,
 - 3.1 implica una intervención en el proceso de las políticas públicas que es del resorte del gobierno –principalmente– y del congreso –adicionalmente–;

²¹ Rodríguez, (2009); y Rodríguez y Rodríguez, (2015).

²² Rodríguez, (2009), P. 434.

3.2 porque la Corte tiene una capacidad institucional limitada para atender y seguir este tipo de problemas estructurales; y

3.3 políticamente implica la declaratoria de un fracaso de las políticas gubernamentales que deriva en un seguimiento que pueda tornar a su vez a la figura del ECI en ineficaz.²³

Otros autores como **Clara Elena Reales y Juan Torres Mantilla** (2010), resaltan los desarrollos gubernamentales que se han suscitado a partir de este tipo de sentencias, razón por la que coinciden en que tiene una finalidad práctica y que se basa en un sistema de incentivos institucionales. Los autores resaltan: la adopción de indicadores de goce efectivo de derechos que se han establecido para la superación del ECI; la generación de diferentes programas que se han ejecutado; y el desarrollo de la doctrina de los enfoques diferenciales establecidos a partir del ECI en desplazamiento forzado.

Finalmente, autores como **Murcia** (2009) señalan que a pesar de los avances que el ECI ha tenido de manera efectiva sobre las situaciones a las cuales se ha referido, la respuesta institucional frente a la intervención de la administración de justicia y las lecciones aprendidas, se ha traducido en la profundización de la ineficiente respuesta institucional.

2. Sentencias estructurales similares al ECI en el Derecho comparado

El planteamiento de otros casos de sentencias estructurales, e incluso de la figura del ECI, también se ha realizado en diferentes países del mundo. Sin embargo, no es posible asimilar las diferentes decisiones emitidas en otros países, principalmente porque el desempeño institucional de la Corte Constitucional colombiana difiere del contexto en el que actúan otros tribunales constitucionales o Cortes de justicia. Adicionalmente, un trabajo de tal calibre, es decir de tipo comparativo, escapa a los objetivos del presente trabajo.

Como se verá en los capítulos y secciones posteriores, las condiciones políticas particulares, y las problemáticas concretas de Colombia, han permitido el desarrollo de la figura del ECI. Las fallas de los demás órganos del Estado, y en particular del Ejecutivo a la hora de adoptar e implementar políticas públicas que garanticen el goce efectivo de los derechos de ciertos sectores de la población han posibilitado la aparición de alternativas novedosas desde el ámbito judicial.

²³ Sobre esta característica de la excepcionalidad del ECI, el profesor Rodríguez señala que el ECI puede por analogía entenderse como la figura del constitucionalismo clásico del Estado de Excepción mediante el cual el ejecutivo concentraba temporalmente ciertos poderes y suspendía algunos derechos constitucionales por razones de orden público o emergencia económica. Sin embargo lo importante del carácter excepcional del ECI, radica en entender que su temporalidad responde a la necesidad de que sea eficaz en la solución de un problema estructural y que la utilización de la figura sea innecesaria con el transcurso del tiempo.

De esta manera, resulta importante tener en cuenta otros ejemplos de sentencias estructurales similares o análogas al ECI colombiano para entender las condiciones en las que este tipo de soluciones emergen, razón por la que citaremos y describiremos algunos de ellos a continuación.

2.1 Los ejemplos Latinoamericanos

En **Argentina**, el 3 de mayo de 2005, el Tribunal de Casación Penal de la Ciudad de Buenos Aires conoció de un recurso contra una providencia judicial que había negado una acción de habeas corpus correctivo *“en amparo de todas las personas privadas de su libertad en la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepobladas.”*²⁴ En dicho proceso se analizó la situación de grave hacinamiento del sistema penitenciario de la provincia de Buenos Aires, en la que el número de personas encarceladas había crecido en un 31%, siendo deficitario el espacio en los centros de reclusión.

Luego de señalar los distintos instrumentos internacionales y regionales, y la normativa y jurisprudencia nacional que regulaba el tema, el Tribunal determinó que el Estado Argentino estaba vulnerando los derechos a la vida y la integridad de los reclusos. Por esta razón, emitió órdenes estructurales, tanto concretas como generales, y creó una comisión de seguimiento a su decisión integrada por el gobierno nacional y local, la Suprema Corte de Justicia provincial, un senador y algunos peticionarios. Es importante señalar que este caso fue llevado al Sistema Interamericano, en donde la CortelDH concedió medidas provisionales para proteger la vida e integridad de los reclusos.

Por su parte, **Perú**, ha incluido de forma expresa la figura del *“Estado de Cosas Inconstitucional”* a través de la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional. Así, en el caso *“Arellano Cerquén”*, en el que la ciudadana Julia Arellano exigía el acceso a la información correspondiente a su proceso de ratificación como juez superior de Lambayaque, dicha autoridad jurisdiccional utilizó la figura del ECI por primera vez. En el proceso, el Consejo Nacional de la Magistratura se había negado a entregar a la ciudadana la información argumentando su reserva. Frente a esta situación el Tribunal señaló que *«el derecho de acceso a la información pública es consustancial a un régimen democrático»*, razón por la que debía ser accesible a los solicitantes. La declaratoria del ECI se profirió con la intención de ampliar los efectos del amparo para que fueran *erga omnes*.

Sobre el ECI en Perú, el profesor Carlos Valdivia (Valdivia, 2011) ha señalado que este surge por *“un conjunto de situaciones de hecho, como acciones u omisiones que van a generar una violación de naturaleza colectiva de los derechos fundamentales, ya sea por parte de una Institución Pública, al desplegar una conducta sistemática y renuente contraria a la Constitución, asimismo, esta conjunción de hechos pueden originarse por un*

²⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, V. 856. XXXVIII, 3 de mayo de 2005.

problema de orden estructural, en el cual puede estar involucradas varias instituciones, existiendo una directa relación con la organización y funcionamiento del aparato estatal.”

Al respecto, Valdivia señala que el ECI tiene los siguientes presupuestos:

1. Que exista una vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales, y que ésta violación afecte a un número significativo de personas.
2. Que exista una prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de las obligaciones para garantizar los derechos.
3. Que no se hayan expedido las medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.
4. Que exista un problema social estructural, cuya solución comprometa varias autoridades públicas, así como recursos extraordinarios.
5. Que el número de herramientas empleadas por las personas afectadas por el mismo problema, haya generado congestión judicial.

Nótese la identidad entre las características del ECI en Perú y en Colombia. Ahora bien, dentro de los casos en los que se ha declarado la existencia de ECIs en Perú se pueden resaltar:

1. El ECI por la renuencia a entregar información que no considerada como de reserva (caso Arellano).²⁵
2. El ECI por el comportamiento renuente, sistemático y reiterado de los funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas y del Ministerio de Educación.²⁶
3. El ECI con motivo del régimen de precepciones del impuesto general de ventas IGV, por contravenir el principio de reserva de ley en materia tributaria.²⁷
4. ECI por el desconocimiento de derechos pensionales por parte de la Oficina de Normalización Previsional (ONP).²⁸
5. ECI por la violación a la integridad personal y la salud de quienes padecen enfermedades mentales recluidas en centros de atención especializada, por la ineficiencia de los planes, programas y servicios para este grupo poblacional.²⁹
6. ECI en el sistema educativo universitario, especialmente en las Facultades de Derecho.³⁰

2.2 Las sentencias de remedios estructurales (“*Structural Injunction*”) en E.E.U.U.

El caso de sentencias estructurales no es nuevo en Estados Unidos pues desde hace más de 50 años los Tribunales de justicia de ese país han tenido un papel activo en la

²⁵ Tribunal Constitucional del Perú, Caso Arellano Serquén, Exp. 2579-2003.

²⁶ Tribunal Constitucional del Perú, Exps. 3149-2004 y 2376-2003.

²⁷ Tribunal Constitucional del Perú, Exp. 06089-2006.

²⁸ Tribunal Constitucional del Perú, Exp. 05561-2007.

²⁹ Tribunal Constitucional del Perú, Exp. 03426-2008.

³⁰ Tribunal Constitucional del Perú, Exp. 00017-2008.

promoción de reformas profundas en políticas públicas, en áreas que van desde el sistema carcelario, hasta el sistema educativo o la vivienda social.

Uno de los casos más emblemático para el constitucionalismo estadounidense tal vez sea el fallo *Brown vs. Junta Escolar de Topeka –Kansas–* en 1954. En dicho caso, la Suprema Corte de los Estados Unidos conoció de una controversia por segregación racial en una escuela pública, en la que el ciudadano afroamericano Oliver Brown solicitó la protección de su derecho constitucional a la igualdad ante la ley (decimocuarta enmienda) debido a que su hija Linda Brown, de siete años de edad, le fue negada la admisión a una escuela primaria reservada para personas de raza blanca en la ciudad de Topeka (Kansas).

La controversia fue presentada a la Suprema Corte y revestía la mayor importancia³¹ debido a que 24 estados de la federación se regían por normas que habían institucionalizado la segregación racial. Por tal motivo, el caso fue acumulado con otros procesos provenientes de escuelas de Carolina del Sur, Virginia, Delaware y Washington D.C.-.

Al llegar a la Suprema Corte de los Estados Unidos, dicho tribunal declaró por unanimidad la inconstitucionalidad del régimen de segregación racial de las escuelas (fallo del 17 de mayo de 1954). En la decisión, la Corte señaló expresamente que se revocaba la doctrina que ella misma había instituido en el fallo *Plessy vs. Ferguson* (1896) conocida como “*separados pero iguales*”, al concluir que las instituciones educativas separadas son inherentemente desiguales, razón por la que vulneraban la decimocuarta enmienda que ordena la igualdad frente a la ley.

Como consecuencia del fallo, se reformó estructuralmente el sistema educativo de todo el país, a pesar de la fuerte resistencia inicial de algunos sectores de la sociedad. Por ejemplo, en 1957 el presidente Eisenhower se vio obligado a enviar tropas federales a Little Rock (Arkansas) frente a la desobediencia del gobernador Orville Faubus en relación con la orden de la Suprema Corte. No obstante, entre los años 1956 y 1957 el sistema cambió en 723 distritos escolares para la eliminación de la segregación escolar, con lo que se benefició a cerca de 300.000 niños afroamericanos.

Además del cambio que provocó la sentencia, su valor recae en la forma en la que se adoptó. La reforma estructural al sistema escolar segregacionista se originó en una acción judicial, y no como resultado de medidas legislativas o gubernamentales de los representantes elegidos popularmente.

Ahora bien, dentro de los efectos de la sentencia es necesario resaltar su incidencia *simbólica*. Pese a que el fallo fue adoptado únicamente para escuelas públicas, sus

³¹ Este caso dio pie para una serie de intervenciones ante los jueces que permitieron desestructurar la segregación racial en escuelas, establecimientos públicos y otros espacios sociales, al punto que se considera un hito para el surgimiento del “*civil rights movement*” en Estados Unidos (Dworkin, 1999).

efectos desataron una movilización social que llevó a una reforma integral del sistema educativo, e incluso extendió sus efectos a otras esferas de la vida cotidiana de la población norteamericana, tales como los servicios públicos y la provisión de empleo. Por citar un ejemplo, el año siguiente al fallo –1955–, Martin Luther King Jr.- lideró un movimiento de protesta contra el sistema de transporte que era igualmente segregacionista.

En suma, el caso Brown es un hito en la defensa de los derechos civiles debido a que constituyó una solución estructural al problema del racismo en Estados Unidos, y ofreció un instrumento para la defensa de los derechos de los afroamericanos en su lucha por la igualdad de oportunidades.

2.3 El caso Europeo

En Europa el caso paradigmático lo constituye la Corte Constitucional de **Hungría** (Landau, 2011: P. 63). En los años noventa, dicho Tribunal realizó actividades similares a las que ha ejecutado la Corte Constitucional colombiana, con la particularidad de que su trabajo tuvo una menor duración, debido a que actuó como mediador en el contexto de la transición del autoritarismo de acogida soviética a una democracia parlamentaria. De esta manera, la Corte de Hungría, constituyó un motor para el mejoramiento de la situación de las instituciones democráticas y representativas.

Dicha situación es diferente a la de la Corte colombiana que fue creada en un contexto bien distinto. Colombia ha sido una democracia de larga duración con un funcionamiento deficitario de sus órganos de representación política (Ejecutivo y Legislativo) lo que ha permitido al activismo de la Corte. Así, mientras la situación de Hungría ha mejorado después de la década de los 90s, en el caso colombiano, todo lo contrario la situación no ha mejorado lo suficiente he incluso se ha tornado más compleja (Landau, 2011: P. 64).

En el caso Húngaro, en los noventa la participación y representación política era demasiado baja y la disciplina de partidos y la organización de los mismos era precaria. En dicho contexto, el Parlamento Húngaro incurría en muchas falencias y tenía problemas para adoptar decisiones importantes. Tal situación tenía el agravante de que las pocas decisiones tomadas no gozaban del respaldo de las mayorías, razón por la que los jueces y, en especial, la Corte Constitucional Húngara asumieron un rol fundamental debido a sus amplias facultades jurisdiccionales.

A través de la atención de acciones populares, de la solución de peticiones de revisión abstracta, así como de demandas de constitucionalidad sobre actos particulares de algunas autoridades, la Corte *gobernó* de cierta manera el país durante cierto periodo de tiempo. La Corte declaró inexecutable la tercera parte de las leyes demandadas durante sus primeros años, y muchos de estos casos correspondían a temas importantes de la política nacional, razón por la que la Corte trazó lineamientos que re-direccionaron por

completo los programas de acción del gobierno, con un claro objetivo: desarrollar el proyecto constitucional Húngaro para la transformación social.

Por ejemplo, varios de sus pronunciamientos giraron en torno al valor de la dignidad humana y su respeto por parte de las autoridades. La finalidad era modificar la concepción del antiguo Estado comunista Húngaro que intervenía fuertemente en la vida privada de los ciudadanos. Adicionalmente, la Corte utilizó la figura de la declaratoria de “*inconstitucionalidad por omisión*” del legislador, para ordenarle que profiriera decisiones ajustadas a la Constitución, en casos de protección al ambiente y libertad de los medios de comunicación.

Finalmente, la Corte húngara también fue muy activa en temas sociales de trasfondo económico, razón por la que gran parte de su trabajo se dedicó a amparar los derechos de la clase media. Sobre este aspecto, la Corte impidió que el Estado Húngaro redujera muchos servicios sociales por considerar que contrariaba el principio de “*seguridad jurídica*” al reducir beneficios a los ciudadanos en un muy corto plazo.

2.4 El caso India

La Corte Suprema de la India ha abordado temas estructurales como el analfabetismo o el hambre de la población y ha desarrollado figuras similares al ECI para crear comisiones judiciales de consulta que hacen seguimiento a la implementación de las decisiones.

La Suprema Corte de la India posee competencias para dirimir las controversias entre el Estado Federal y los Estados, o entre éstos últimos, pero, además de ello, tiene jurisdicción para proteger derechos fundamentales en casos concretos de los ciudadanos. Además, ejerce como última instancia en las apelaciones civiles y criminales, y tiene facultades consultivas en las materias que someta a su consideración el presidente de la India.

Ahora bien, para comprender la faceta de protección de derechos fundamentales de la Corte Suprema de la India, es necesario remontarse a los orígenes de su Constitución (Seervai, 1976). Antes de la incorporación de una declaración de derechos, no existía una protección de los mismos por parte de los Tribunales de justicia de la Federación India. Con la introducción de los derechos fundamentales se inició un amplio campo de control judicial que inició con la anulación de leyes por la vulneración de estos derechos. La Corte de la India empezó a sostener que ninguna ley podía suprimir los derechos fundamentales y que su protección era un deber sagrado para la Suprema Corte, razón por la que no podía permitir su restricción.

La Corte llegó a plantear la idea de que era su deber salvar al pueblo, incluso de él mismo, cuando se presentara la vulneración de sus derechos por parte del Ejecutivo. Adicionalmente, el poder de la Corte se vio fortalecido luego de que el parlamento Indio aboliera las disposiciones constitucionales que establecían que ninguna reforma constitucional podía ser recurrida ante la jurisdicción.

El caso del Tribunal constitucional de la India suele reconocerse como el primero en el desarrollo de una jurisprudencia consistente en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En la década de los 80s, la Corte Suprema de la India inició un fuerte activismo en varias áreas de los DESC, por ejemplo, intervino en casos de demandas para la provisión de agua, saneamiento básico y sistemas cloacales. En posteriores pronunciamientos, sentó lineamientos en materia de derecho a la vivienda, obligando a las autoridades disponer de recursos para lograr la efectividad progresiva de este derecho debido a que no se ofrecían auxilios a aquellas personas que carecían de acceso a una solución de vivienda básica. La Corte también intervino en la implementación de los programas para prevenir la transmisión del virus del VIH-SIDA de madres a hijos, en un caso en el que una norma excluía a los migrantes de los beneficios del sistema de seguridad social.

2.5 El caso Sudáfrica

La Corte Sudafricana se ha distinguido de Tribunales como el colombiano por la relación que ha guardado con otras instituciones políticas del Estado. En Sudáfrica, la Corte impulsó la discusión deliberativa del parlamento en ciertos temas fundamentales para el sistema político (Landau, 2011, p. 67). De manera que (Rodríguez 2009) ésta se convirtió en un espacio institucional fundamental para promover los derechos fundamentales a la vivienda y la salud a través de diferentes fallos en los que obligó al Estado a adoptar acciones que desmontaran las estructuras económicas, sociales y políticas del *apartheid* (Berger, 2008). De hecho, la Corte generalmente ha estado en sintonía con los principales proyectos de las instituciones representativas sudafricanas, y sólo ha actuado cuando ha evidenciado que las decisiones han sobrepasado límites en contra de grupos minoritarios, o cuando los proyectos han contado con poca deliberación por no tener en cuenta a estos últimos.

Como afirma Landau (2011), este rol más limitado de actuación por parte de la Corte sudafricana se explica y ajusta al contexto político de su país, debido a que no se encuentra inmersa en un sistema político de partidos débiles e incoherentes, sino ante un partido dominante (el Congreso Nacional Africano –CNA–) que se ha mantenido en el poder desde el fin del *apartheid*, y que tuvo un papel central en la expedición del nuevo texto constitucional del país, compartiendo incluso una visión de transformación social que está en la esencia de su Constitución.

En este sentido, la Corte sudafricana ha intervenido directamente en temas de política pública cuando ha evidenciado que el CNA es restrictivo en un tema, para lo cual ha optado por definir un derecho y prescribir a las ramas del poder público que actúen conforme a lineamientos diferenciales. En el famoso caso *Grootboom*, la Corte declaró inconstitucional un plan del gobierno para financiar vivienda social porque no tenía en cuenta a personas como el accionante quien carecía de vivienda por encontrarse en estado de indigencia. En el asunto, el Tribunal llamó la atención al CNA para que tuviera en cuenta situaciones diferentes a las raciales en la protección de derechos de los

ciudadanos sudafricanos que hacen parte de otros grupos políticamente débiles, pobres y excluidos.

3. Evolución jurisprudencial de la figura jurídica del ECI

La evolución de la figura jurídica del ECI ha comprendido hasta el momento, básicamente un núcleo de 13 decisiones judiciales³²: SU-559 de 1997, T-068 de 1998, T-153 de 1998, SU-250 de 1998, T-289 de 1998, T-590 de 1998, T-606 de 1998, T-525 de 1998, SU-090 de 2000, T-025 de 2004, T-760 de 2008, A-110 (y sus autos de seguimiento) de 2013 y T-388 de 2013. En dicha línea, la jurisprudencia ha ido decantando los aspectos esenciales que caracterizan el concepto de ECI, y que se verán a continuación.

3.1. Los primeros ECIs: injerencia leve en las políticas públicas del Estado

La primera etapa de trabajo en la Corte en materia de intervención en ámbitos de política pública estará caracterizada por el diagnóstico de las primeras condiciones que llevan a plantear la necesidad de una intervención del Tribunal constitucional en ámbitos que trascienden problemas particulares de los ciudadanos y que hacen necesario cuestionarse la pertinencia de la intervención en problemas que afectan a grandes segmentos de la población.

No obstante, la intervención limitada de la Corte se caracterizará por la búsqueda de la fórmula adecuada de intervención, en la que se cuestionará la necesidad de respetar las competencias de los demás autoridades públicas, y por tanto el alcance de sus órdenes. En tal escenario, la intervención en las políticas públicas no será profunda en tanto se limitará simplemente a ordenar a las autoridades encargadas de atender las fallas estructurales, el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales.

3.1.1 Los ECI relacionados con problemáticas de política social: prestaciones laborales y sistema de seguridad social

El concepto de estado de cosas inconstitucional se empezó a utilizar por la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde el año 1997. Los primeros problemas estructurales que dieron origen al surgimiento de esta figura, surgieron a raíz de la ineficiencia de algunas autoridades del Estado en el cumplimiento de obligaciones laborales y prestaciones frente a sus empleados.

Así, la primera decisión en la que se habló del tema fue la sentencia **SU-559 de 1997**, en la que la Corte constitucional declaró un estado de cosas inconstitucional por la omisión de los municipios de María La Baja (Bolívar) y Zambrano (Bolívar) en la afiliación a los

³² Por decisión judicial entendemos tanto sentencias como autos interlocutorios. Ésta aclaración es importante debido a que a partir del Auto 110 de 2013 la Corte Constitucional declaró tácitamente un ECI sin acudir necesariamente a una decisión de fondo. Tal determinación corresponde una novedad respecto a la línea jurisprudencial que la Corte había marcado respecto a la aplicación de dicha figura únicamente en sentencias.

docentes que estaban a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio. En el caso, se realizaban los correspondientes descuentos de los aportes para pensiones a los salarios de los maestros pero no se les afiliaba al sistema pensional, dejándolos en absoluta desprotección en relación con su derecho a la seguridad social. En esa oportunidad, la Corte señaló que se trataba de un problema *general* que afectaba a un número significativo de docentes en el país y que sus causas estaban relacionadas con la ejecución desordenada e irracional de la *política* educativa. Respecto a los fundamentos para la declaratoria del *estado de cosas* y la posibilidad de emitir órdenes estructurales, la Corte se cuestionó:

“(...) [¿] es posible que la Corporación, en razón de sus funciones, pueda emitir una orden a las autoridades públicas competentes, con el objeto de que a la mayor brevedad adopten las medidas conducentes a fin de eliminar los factores que inciden en generar en un estado de cosas que resulta abiertamente inconstitucional [?]. La Corte considera que debe responder de manera afirmativa este interrogante, por las siguientes razones:

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

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

Ahora bien, si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule.”

Como se puede notar, la Corte empezó por manifestar sus preocupaciones respecto a situaciones de violación sistemática y generalizada de derechos fundamentales, que de hecho, congestionaban la justicia constitucional. En tal sentido, la Corte señaló que era viable, que en virtud del principio de colaboración armónica entre los poderes públicos, ella señalara a la correspondiente autoridad encargada de una política pública remediar el “*estado de cosas*” que contrariaba los mandatos constitucionales.

Esta sentencia es un hito jurisprudencial, en tanto la Corte resolvió declarar formalmente la existencia de un *estado de cosas* que en su momento denominó *contrario a la Constitución*. Como es apenas comprensible y propio de su novedad, la Corte se limitó a exhortar a las autoridades competentes a que tal *estado de cosas* debía corregirse dentro del marco de las funciones que le atribuía la ley y en un término razonable.

Posteriormente, en la sentencia **T-068 de 1998**, la Corte analizó la situación de varios ciudadanos que interpusieron acciones de tutela contra la Caja Nacional de Previsión social –Cajanal– porque ésta no resolvía sus peticiones en relación con reliquidaciones, y reconocimiento y pago de pensiones de jubilación. La Corte evidenció que Cajanal venía siendo seriamente cuestionada por parte de diferentes autoridades, incluidas los jueces, pues era evidente y frecuente la vulneración de derechos de ciudadanos por parte de la entidad, lo que se traducía en la utilización de *gran cantidad de acciones de tutela*.

En esta oportunidad la Corte señaló que la acción de tutela se había convertido en un requisito para que se resolvieran las solicitudes de los jubilados para acceder a su respectiva pensión, lo cual generaba un desgaste para el aparato judicial y una tergiversación de la acción de amparo, toda vez que esta generaba un procedimiento administrativo paralelo al que debía resolver la entidad demandada. Indicó, igualmente, que dicha situación afectaba de manera grave no solo a los particulares interesados sino al interés general debido a que es una obligación del Estado reconocer los derechos laborales de los trabajadores.

La Corte encontró que, de acuerdo con estadísticas que había aportado la misma entidad demandada, durante los años 1995, 1996 y 1997 se habían instaurado cerca de 14.086 acciones de tutela contra Cajanal. Al realiza un cotejo con la totalidad de expedientes de tutela que se remitieron para eventual revisión a la Corte en esos años (aproximadamente 94000), se encontró que casi un 16% de todas la tutelas del país se dirigían contra esa entidad. La Corte concluyó entonces que estaba ante un *problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa*, lo que se consideraba un inconveniente general que *afectaba a un número significativo de personas* que buscaban obtener la protección de sus derechos, en ese caso, prestaciones pensionales.

Por lo anterior, la Corte citó y reiteró las *sub-reglas* decisionales expuestas en la sentencia SU-559 de 1997, para concluir que existía un *estado de cosas inconstitucional* en la situación presentada que no sólo afecta derechos individuales, sino que también

afectaba a todo el aparato jurisdiccional que se congestionaba e impedía la efectividad del cumplimiento oportuno de sus obligaciones.

En la sentencia **T-289 de 1998**, se analizó la problemática derivada de la omisión de la administración (Ciénaga-Magdalena) en el pago oportuno de salarios a sus funcionarios. En este caso, la Corte conoció de una demanda de una empleada pública contra el municipio de Ciénaga (Magdalena) por el no pago de salarios y prestaciones sociales. En el asunto, la Corte encontró que se trataba de una conducta sistemática de la entidad territorial demandada, que había vulnerado los derechos de varios ciudadanos y que había sido varias veces conocido por el Tribunal constitucional.

Por tal motivo, la Corte reiteró las consideraciones expuestas en la sentencia SU-559 de 1997 respecto a las condiciones de un ECI, para concluir que la ineficiencia de la administración del municipio de Ciénaga, evidenciada en la demora en el cumplimiento de los compromisos legales y constitucionales de sus funcionarios afectaba los derechos de varios ciudadanos y sus familias. También reiteró que el ECI se configuraba por la omisión por parte de la administración pública en el cumplimiento de sus funciones, lo que había conllevado al congestionamiento de la rama judicial. Por lo anterior, la Corte ordenó comunicar al Concejo municipal de Ciénaga, que tomara las medidas necesarias (antes del 1º de enero de 1999) para corregir la situación de falta de cancelación de salarios de los empleados del municipio demandado.

Esta sentencia es particularmente importante porque a pesar de que la Corte precisó que no era tarea de los jueces instar a los demás funcionarios públicos a que cumplieran con los deberes que les imponía el ordenamiento jurídico, ordenó específicamente a una autoridad administrativa (el concejo municipal de Ciénaga), que tomara las medidas para solucionar la situación inconstitucional que se venía presentando. Es decir, pasó de un simple exhorto para que se solucionara el ECI, a una orden específica para que se adoptaran acciones concretas.

Por otra parte, en la **T-525 de 1999**, se estudió la problemática por la mora en el pago de mesadas pensionales a jubilados en el departamento de Bolívar. En este caso, la Corte estudió la situación de varios pensionados de esa región, a los que la entidad departamental no les pagaba sus prestaciones argumentando que las rentas de dicha entidad territorial estaban embargadas. La Corte reiteró que este tipo de casos responden a una ineficiencia por parte de la administración pública, que afecta los derechos fundamentales de un grupo vulnerable como los pensionados, y que con base en tales omisiones las entidades no podían exculparse para incumplir sus obligaciones. En términos de la Corte: *“la situación económica, presupuestal o financiera de un empleador público o privado sea producto de su negligencia o desidia, no lo exime de responder por la protección y respeto de los derechos mínimos y fundamentales de sus empleados o ex empleados”*.

La Corte encontró que en el caso del Departamento de Bolívar existían, por los mismos motivos, es decir por el incumplimiento en el pago de mesadas pensionales, varias sentencias de tutela: T-009 de 1999, T-238 de 1999 (cuatro demandantes), T-381 de 1999 (dos personas), T-388 de 1999 (6 demandantes), T-102 de 1999, ésta última con cuarenta y seis personas accionando, que sumadas a las de la sentencia que en ese momento se emitía –47 personas–, acumulaba un total de 106 demandantes contra la mencionada autoridad territorial, todas ellas por falta de provisión presupuestal para el pago de deberes pensionales. Por lo descrito, la Corte previno al Departamento de Bolívar para que adoptara las medidas necesarias para poner fin al ECI que se evidenciaba. Reiteró de esta manera las reglas sentadas en la sentencia SU-559 de 1997 sobre las características del ECI.

Finalmente, en este grupo de sentencias se encuentra la **SU-090 de 2000**, relacionada con el incumplimiento en el pago de pensiones en el Chocó. En esta sentencia, la Corte constitucional analizó el caso de 14 accionantes contra el departamento del Chocó, por el no pago de sus pensiones. En el asunto, la Corte señaló que se trataba de un tema ampliamente tratado por la jurisprudencia constitucional (en sus sentencias T-615 de 1997, T-413 de 1998, T-103 de 1998, T-107 de 1998, T-221 de 1998 y T-559 de 1998), que daba cuenta de una situación de vulneración sistemática y generalizada de los derechos fundamentales de la población pensionada de dicho departamento.

En la investigación realizada por la Corte, se encontró que 252 personas habían acudido a la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de sus pensiones debido a la negativa de la entidad frente a los reclamos de los ciudadanos. La tutela se había convertido en el único mecanismo efectivo para el reconocimiento de las pensiones solicitadas, sin embargo, el Departamento del Chocó, recibió tantas demandas de tutela que al final no pudo cumplir con las ordenes emitidas por distintos jueces, y por tanto, se iniciaron un sinnúmero de desacatos contra la entidad territorial, 111 hasta el momento del fallo de la Corte. El Tribunal constitucional concluyó que la situación presentada no podía resolverse de forma individualizada mediante tutelas para cada caso, sino que requería una “*solución global*”.

Frente a la problemática descrita, la Corte también encontró que el Departamento del Chocó enfrentaba una grave crisis económica que le impedía cumplir cabalmente con sus obligaciones, lo que, en consecuencia, afectaba el cumplimiento de las ordenes emitidas mediante tutela. Por tal motivo, se hacía necesario encontrar una fórmula de solución que permitiera aliviar, tanto la situación de los pensionados, como la de la administración departamental para que pudiese cumplir cabalmente con sus obligaciones financieras, incluidas las pensionales, sin que los ciudadanos debieran acudir a la acción de tutela.

En el caso, la Corte concluyó que la decisión de carácter general que debía adoptar correspondía a la declaratoria de la existencia de un ECI. En términos del Tribunal el ECI se predicaba de aquellas situaciones en las que: “(1) *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 (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales.” Estas características se presentaban precisamente en el caso de las pensiones reclamadas en el Departamento del Chocó, pues la situación analizada afectaba a centenares de personas, y generaba una congestión en la administración de justicia por la gran cantidad de tutelas e incidentes de desacato contra la mencionada entidad territorial.

Esta decisión de la Corte es particularmente interesante debido a que la Corporación decidió abstenerse de adoptar medidas severas, toda vez que evidenció que tanto el gobierno como el congreso de la República habían iniciado las labores tendientes a resolver la situación de crisis del pasivo pensional de las entidades territoriales del país. En este sentido, la Corte señaló que las decisiones y acciones a tomar, estaban surgiendo de los actores e instituciones competentes, y no a partir de decisiones judiciales. Por tal motivo, determinó que la posible declaratoria de un ECI, que conllevara órdenes para la cesación de la transgresión constitucional, y de medidas para restablecer los derechos vulnerados, debía evitarse toda vez que solo era posible en los casos en los que los órganos políticos omitieran, de manera evidente y por un periodo de tiempo muy prolongado, tomar las decisiones frente a una problemática pública. En el fallo se dijo: *“esta acción tiene únicamente por fin suplir una protuberante falta de compromiso o actividad de los órganos políticos del Estado para superar una situación que evidentemente vulnera los derechos fundamentales (...).”*

Así las cosas, la Corte señaló que el Ejecutivo y el Legislador habían diseñado la ley 549 de 1999 para resolver el problema específico del pasivo pensional de los departamentos y municipios como el Chocó, a través del Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales. Por tanto, determinó que frente al ECI señalado, se hacía innecesario emitir órdenes generales para resolverlo, toda vez que ya existían las medidas tendientes a conjurarlo.

3.1.2. Los ECI relacionados con las condiciones de reclusión de la población carcelaria

En la sentencia **T-153 de 1998**, la Corte declaró el *estado de cosas inconstitucional* por el hacinamiento y las condiciones indignas de reclusión en las distintas cárceles colombianas al encontrar que el fenómeno de la congestión carcelaria era una situación recurrente frente a la cual el Estado no había diseñado una política destinada a solucionar este tipo de problemática. La Corte explicó que la congestión carcelaria se producía por una inadecuada política criminal, pues frente a coyunturas de criminalidad se asumía una actitud reactiva, frente a las cuales se encontraba adicionalmente un déficit en la infraestructura carcelaria.

En la decisión, se reiteraron los argumentos expuestos en las sentencias SU-559 de 1997 y T-068 de 1998 en los que la Corte había usado la figura del ECI con la finalidad de

buscar un remedio a situaciones de violación sistemática de derechos fundamentales con *carácter generalizado*, es decir que afectaban a una gran cantidad de personas, y cuyas *causas eran de origen estructural*, relacionadas con el accionar, no solo de la autoridad demandada, sino por la omisión conjunta de distintas entidades. Ante dicho panorama, la Corte señaló que esta *problemática estructural* que llevaba a la congestión innecesaria de la administración de justicia, debía solucionarse mediante órdenes a las instituciones oficiales competentes para que eliminaran las causas del ECI en la materia.

Por otra parte, en la sentencia **T-606 de 1998**, se analizó la problemática del Derecho a la salud de la población carcelaria. En esta oportunidad, la Corte declaró un ECI por la vulneración de los derechos a la salud, asistencia médica y suministro de medicamentos de las personas reclusas en las cárceles del país. La Corte, al estudiar una acción de tutela de los reclusos de la Penitenciaría Nacional de Cúcuta, que denunciaron las condiciones de insalubridad en las que se encontraban, señaló que los internos de los centros penitenciarios tenían el mismo derecho a la prestación eficiente de los servicios públicos de saneamiento ambiental en condiciones dignas. Así mismo, indicó que el Estado no había planificado con suficiente seriedad el conjunto de acciones y medidas que debían ser puestas en ejecución para asegurar el mantenimiento de unas condiciones mínimas de salubridad en las cárceles.

La Corte advirtió que el personal médico en las penitenciarías era deficiente tanto en el componente cuantitativo como en el cualitativo, lo que aunado a las precarias condiciones en las que se practicaban los exámenes y las consultas, hacía evidente la vulneración de los derechos a la salud, la integridad y la vida de los personas internas en el país. Al momento de adoptar una decisión, la Corte consideró que no se protegía con eficiencia la vida digna de los internos si su fallo se limitaba a ordenar la práctica de procedimientos sin contemplar nada acerca de las ostensibles deficiencias que presentaba el sistema general de salud de las personas en situación de reclusión.

Por lo anterior, ordenó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–, que coordinara con el gobierno, en particular con los ministerios de Justicia y del Derecho, de Hacienda, de Salud y con el Departamento Nacional de Planeación, la conformación de un sistema de seguridad social en salud, bajo la modalidad subsidiada, que cubriera las contingencias que se presentaran para el personal recluso en las cárceles del país, tanto para los detenidos preventivamente como para los condenados. Igualmente, ordenó que dichas autoridades realizaran los trámites administrativos, presupuestales y de contratación para el diseño y ejecución del mismo sistema de seguridad social en salud, que cobijara a la totalidad de los centros de reclusión del país.

Esta sentencia constituye un hito porque ordenó directamente el diseño y ejecución de una política pública de salud para la atención a la población reclusa en las cárceles del país. Como se observa, la Corte, al evidenciar la reiteración de conductas vulneradoras de derechos empieza a asumir una posición activa en el desarrollo de medidas que afectan a grandes grupos poblacionales y que requieren acciones estructurales y de

coordinación entre varias instituciones. A falta de una política pública de protección a un grupo poblacional vulnerable y desprotegido cuyos derechos fundamentales se venían afectando de manera sistemática y generalizada, el Tribunal constitucional emite una orden que ordena el cumplimiento del ciclo de la política pública.

3.1.3. Los ECI por ausencia de concurso público de méritos de Notarios

En la sentencia **SU-250 de 1998** la Corte declaró un ECI por la falta de convocatoria a concurso público de méritos para el nombramiento de notarios en todo el país. En esta oportunidad la Corte señaló que la presunta falta de una norma que ordenara dicha convocatoria no era una excusa válida, toda vez que el artículo 131 de la Constitución dispone que “*el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso*”, razón por la que la ausencia de la convocatoria al mismo generaba un ECI. La Corte afirmó nuevamente que varios órganos del Estado, principalmente del sector justicia, habían omitido sus funciones tendientes a cumplir la obligación de convocar un concurso de méritos en todo el país para ajustarse al mandato expreso del artículo 131 de la Constitución. Señaló que en virtud del principio de colaboración armónica de los poderes públicos, adquiriría una relevancia especial la calificación de *estado de cosas inconstitucional* toda vez que implicaba la necesidad de dar órdenes para que cesara el mismo.

Posteriormente, este ECI fue reiterado en la sentencia **T-1695 de 2000**. En esa oportunidad, la Corte declaró la continuidad del ECI por la falta de convocatoria a concurso público para el nombramiento de notarios. Señaló que la falta de una norma que permitiera dicha convocatoria, generaba la continuidad del ECI declarado en la sentencia SU-250 de 1998. Indicó que en el caso concreto que se analizaba, el restablecimiento, tanto de los derechos fundamentales de los actores, como del ordenamiento superior, sólo podía lograrse cuando se convocara un concurso general y abierto para conformar las listas de elegibles a la totalidad de los cargos de notarios públicos del país.

3.1.4 El ECI por la omisión en la protección a defensores de derechos humanos

En la sentencia **T-590 de 1998** la Corte se ocupó del caso de un defensor de derechos humanos que estaba recluido en el pabellón de máxima seguridad de la cárcel “*Modelo*” de Bogotá y que solicitaba su traslado debido a que existían amenazas a su vida por parte de otros internos a los que había acusado por violaciones de derechos humanos.

Frente al tema, el Tribunal constitucional encontró que la situación de violación del derecho a la vida de los defensores de derechos humanos se había constituido en una situación *sistemática y continuada*, y que afectaba a otros sujetos en idéntica situación a lo largo del país. Igualmente, evidenció la conducta omisiva del Estado respecto del deber de protección sobre este grupo de personas, precisando esta obligación –de protección– era de resultado y no de medio. Por lo tanto, se encontraba la configuración de un ECI por la violación del derecho a la vida de los activistas de derechos humanos.

Por lo anterior, la Corte hizo un llamado a la prevención a todas las autoridades de la República para que cesara tal *estado de cosas*. Y, particularmente ordenó a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo que, dentro de la órbita de sus competencias, protegieran y promovieran el respeto por los derechos humanos, y que adelantaran los programas respectivos con miras a proteger el derecho a la vida de los defensores de derechos humanos.

Balance de la primera etapa de trabajo de la Corte

Hasta este momento, como se puede evidenciar la Corte Constitucional colombiana había señalado que en ciertos eventos debía declararse la existencia de un *estado de cosas inconstitucional*. En algunos de ellos se había limitado sencillamente a su declaratoria, a señalar las situaciones de vulneración y a exhortar a las entidades competentes para que adoptaran las acciones tendientes a conjurarlo. Sin embargo, en dichos pronunciamientos no existía una clara intromisión del Tribunal constitucional para resolver los efectos de los problemas estructurales que había evidenciado a través de los ECI, pues sus órdenes se limitaban básicamente a informar a las entidades competentes de la existencia de dicho estado de cosas, y a ordenar genéricamente que se realizaran las acciones tendientes para que cesaran sus efectos.

De manera que, hasta este punto, la Corte había declarado la existencia de un ECI por: la omisión de dos municipios en la afiliación de docentes que estaban a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pese a que a dichos servidores se les hacían descuentos para pensiones y prestaciones sociales como ordenaba la ley (sentencia SU-559 de 1997); por la grave situación de violación de derechos a la población reclusa en distintas cárceles del país (sentencia T-153 de 1998); debido a la falta de un sistema de seguridad social en salud igualmente referente a la población presidiaria (sentencias T-606 de 1998); la mora habitual en el pago de mesadas pensionales durante un periodo prolongado de tiempo por parte de los departamentos de Bolívar (sentencia T-525 de 1999) y Chocó (sentencia SU-090 de 2000); por las omisiones estatales en la protección a la vida de los defensores de derechos humanos (T-590 de 1998); y por la omisión en la convocatoria de un concurso de méritos para el nombramiento de notarios (sentencias SU-250 de 1998 y T-1695 de 2000).

No obstante, solamente será hasta las siguientes decisiones de declaratoria de ECI por parte de la Corte que se empezará a ambientar la discusión sobre la problemática que surge por su injerencia fuerte en el ámbito de las políticas públicas. En esta segunda etapa, la Corte realizará un salto cualitativo en la tecnificación de sus decisiones que implicará generará una nueva dinámica en su accionar frente a problemas estructurales.

3.2. Los ECIs de injerencia intensa en las políticas públicas

Las decisiones hasta ahora reseñadas, constituyeron importantes pronunciamientos que visibilizaron las falencias de algunos organismos del Estado en el diseño y ejecución de

políticas públicas que dieran respuesta efectiva a ciertas problemáticas estructurales en el país. El trabajo de la Corte en el que se constataba la ausencia de protección efectiva y se conminaba a la resolución de este tipo de situaciones constituyó un avance significativo en el reconocimiento y protección de derechos fundamentales.

Sin embargo, serían precisamente los posteriores pronunciamientos de la Corte Constitucional, y en particular la sentencia T-025 de 2004, respecto a la existencia de *estados de cosas inconstitucionales*, los que generarían mayor controversia, por el alcance y repercusiones de las medidas adoptadas en dichas decisiones judiciales.³³ En esta decisión en particular la Corte (i) incorporará una forma sofisticada de diseñar y medir las políticas públicas con base en los estándares de derechos humanos y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; (ii) adicionalmente, la Corte fortalecerá el control sobre el cumplimiento de su decisión como no se había realizado en otras ocasiones; e (iii) introducirá una de las más importantes novedades jurisprudenciales en materia de derechos humanos, que incidiría profundamente en el desarrollo de las políticas públicas del país, los enfoques diferenciales de protección.

3.2.1. La sentencia T-025 de 2004: el caso de la población en situación de desplazamiento y los enfoques diferenciales

En la sentencia T-025 de 2004 la Corte revisó 108 demandas de tutela instauradas en 22 ciudades del país por 1.150 familias. En dichas acciones constitucionales, se demandaban a diferentes instituciones y funcionarios: la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el Instituto Colombiano de Reforma Agraria (Incora), el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), así como a alcaldías y gobernaciones. El problema común que demandaban los accionantes en cada una de las tutelas era el incumplimiento por parte de las autoridades demandadas del deber de protección de la población en situación de desplazamiento y la ausencia de protección efectiva de sus derechos fundamentales, principalmente de las obligaciones establecidas en la Ley 387 de 1997³⁴.

³³ El análisis de las implicaciones jurídicas, políticas e institucionales de estos pronunciamientos se realizará en la tercera parte de esta tesis, razón por la cual, por ahora, solo se hará una descripción de algunos de los elementos más importantes de dichos fallos.

³⁴ Esta ley señalaba algunas medidas para la prevención del desplazamiento forzado y establecía ciertas medidas de atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia. La estructura de la ley básicamente se dividía en 6 partes: la **primera**, realizaba una definición de desplazado (art. 1°); presentaba un conjunto de derechos en cabeza de las personas desplazadas (art. 2); y establecía la responsabilidad del Estado de formular las políticas y medidas para prevenir la situación de desplazamiento forzado y atender, proteger y lograr la estabilización socioeconómica de los desplazados. En una **segunda parte**, la ley establecía la creación del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (SNAIP) señalando su conformación. Este sistema, conformado por un conjunto de entidades tanto públicas como privadas, atendería de manera integral a la población desplazada por la violencia

La Corte evidenció que la población en situación de desplazamiento estaba en grave desprotección de sus derechos fundamentales, principalmente de vivienda, alimentación y salud, y que las autoridades encargadas de su atención omitían reiteradamente la protección oportuna y efectiva de sus derechos, las que se acompañaban por alarmantes cifras de desatención³⁵. Por estas razones, la Corte decidió declarar la existencia de un ECI en la materia.

Frente a la situación planteada en la sentencia T-025 de 2004, la Corte se cuestionó cuáles debían ser los efectos del fallo proferido³⁶, para lo que básicamente contaba con cuatro opciones (Rodríguez, 2009; P.27). La primera consistía en otorgar a la sentencia efectos *inter partes*³⁷, como usualmente se hace con los fallos de tutela, en las que la decisión solamente afecta a los ciudadanos que ejercen la acción de amparo constitucional; en segundo lugar, podía proferir un fallo con efectos *inter pares*³⁸ es decir, que vinculara a otras personas que no eran parte dentro del proceso y en el que la regla decisional del fallo se aplica a futuro a los casos similares; en tercer lugar, podía decretar un fallo *inter comunis*³⁹, con lo que los efectos de la decisión cobijaban a terceros que no hacían parte del proceso pero que integraban un grupo común con circunstancias de hecho y de derecho comunes a los accionantes de la tutela; y finalmente, la declaratoria de un *estado de cosas inconstitucional* (ECI), mediante el que se podía ordenar la adopción de políticas o programas que benefician a personas que no accionaron (y no accionaran) a través de tutela.

(art. 4). Por su parte el Consejo Nacional de Atención a la Población Desplazada (CNAPD) era el órgano de consulta y asesoría para la formulación de la política y de garantía de asignación presupuesto para esta (art.6). Para apoyar al sistema en el ámbito regional y local, se establecían unos comités municipales, distritales y departamentales (art. 7). Se ordenó la creación de un sistema de información (art. 11), y de un fondo que asegurara la financiación de los programas (art. 21). En una **tercera parte**, se establecía la adopción de un Plan Nacional de Atención Integral (art. 9), para concretar las estrategias del Gobierno en materia de prevención, protección, atención y estabilización. En **cuarto lugar**, se establecía un conjunto de acciones específicas (arts. 14 a 16) por parte del gobierno nacional, para prevenir, atender (ayuda de emergencia y estabilización económica) y garantizar formas de retorno respecto de la situación de desplazamiento. En **quinto lugar**, se señalaban las responsabilidades de las diferentes entidades que hacían parte del SNAIPD, con el fin de satisfacer los derechos de la población sujeto de protección. Y en **sexto lugar**, se establecían ciertas disposiciones sobre el apoyo a organizaciones de desplazados, informes que anualmente el gobierno debía presentar al Congreso, y acciones concretas respecto a personas en mayor situación de riesgo. Al respecto, consultar Rodríguez Garavito (2009: P.22.)

³⁵ Por ejemplo, según los informes aportados al proceso, el 57% de la población no recibía la ayuda humanitaria de emergencia, y el 80,5% no accedía a programas de generación del ingreso que les permitiera subsistir digna y autónomamente.

³⁶ Sobre la doctrina de los efectos de los fallos de tutela de la Corte Constitucional, consultar a Botero (2006, P. 161).

³⁷ Para la definición de efectos *inter partes* consultar: sentencias T-382 de 1993, T-138 de 1998, T-643 de 1998, T-105 de 2002 y T-187 de 2002.

³⁸ Para la definición de efectos *inter pares* consultar: Corte Constitucional, sentencias T-534 de 1992, T-203 de 2002 y T-493 de 2005.

³⁹ Para la definición de efectos *inter comunis* consultar: Corte Constitucional, sentencia T-1023 de 2001 y SU-254 de 2013.

La Corte sostuvo que la declaratoria del ECI tenía justificación “*debido a la situación de desconocimiento masivo, generalizado y sistemático de los derechos constitucionales de la población desplazada por la violencia, y a las falencias estructurales de la respuesta estatal que comprometi[er]on a varias entidades públicas*”⁴⁰.

En consecuencia, la Corte emitió dos tipos de órdenes frente al ECI de la población desplazada. En primer lugar, unas *ordenes de ejecución compleja*, dirigidas a garantizar y proteger los derechos de toda la población afectada. En este sentido, la Corte informó al Ministerio del Interior, al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la Dirección del Departamento de Planeación Nacional, y en especial al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, quien era el encargado de formular la política pública y de garantizar la asignación presupuestal en materia de atención, la declaratoria del ECI, para que determinara la forma de superación de este y las acciones para enfrentar dicho asunto desde el punto de vista presupuestal⁴¹ e institucional.

En segundo lugar, la Corte ordenó a las autoridades que debían dar *respuestas a solicitudes particulares* relacionadas con ayudas económicas, alimentación o vivienda que habían sido elevadas en virtud de las tutelas que efectivamente conocía en esa oportunidad. En este sentido, se ordenó a entidades como la Red de Solidaridad Social y las Secretarías de Salud de las entidades territoriales pertinentes, que cumplieran con las obligaciones y ordenes específicas que se les hubieran dado.

En estos términos la solución estructural planteada por la Corte, exigía la adopción de una decisión integral con el fin de remediar problemas estructurales que tenían origen en la inacción de diferentes órganos del Estado, y especialmente del ejecutivo. Dichos problemas habían desencadenado una desprotección generalizada de los derechos de la población en situación de desplazamiento. En suma, la Corte evidenció que no existía una política pública por parte del Estado (es decir una *política de Estado*⁴²) que afrontara de forma generalizada la situación de vulnerabilidad de derechos de los desplazados por la violencia en el país.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004.

⁴¹ En particular le ordenó a dicho Consejo que a 31 de marzo de 2004 debía establecer el presupuesto para atender las necesidades de política pública en las que debían concurrir tanto la nación, las entidades territoriales y la cooperación internacional.

⁴² Respecto al concepto de política de Estado, consultar Parsons (2007). Se puede diferenciar una política pública de una política pública de Estado o política de Estado, en que la primera usualmente corresponde a un interés de un gobierno de turno en resolver una problemática según su agenda de gobierno, razón por la cual está plasmada usualmente en su programa de gobierno; en tanto que la política de Estado, hace alusión a directrices que superan el margen de acción de un gobierno determinado y que por resultar transversales y de especial interés son abordadas por varias administraciones. En este último caso, puede ejemplificarse el tema del modelo de educación o de salud, la política de seguridad, o la política exterior con otros países.

En particular, respecto a la figura del ECI, esta sentencia decanta y consolida los elementos definitorios que lo configuran. Al respecto señaló expresamente que un ECI se presenta cuando se reúnen los siguientes requisitos:

- (i) La violación sistemática de derechos fundamentales por la permanente y múltiple afectación de los derechos fundamentales de la población que no corresponde a acciones aisladas sino que guardan un patrón de identidad;
- (ii) la congestión del aparato judicial debido al elevado número de acciones de tutela presentados para obtener la protección y garantía de derechos da cuenta de un problema estructural, que termina por desbordar el ámbito de solución del proceso de tutela;
- (iii) El carácter generalizado de la vulneración de derechos que afecta a gran parte de la población, en este caso la población en situación de desplazamiento, en múltiples lugares del territorio nacional;
- (iv) La ausencia de protección del Estado debido a que la vulneración de los derechos no resulta imputable a una única entidad sino que se produce por la omisión de varias autoridades públicas;
- (v) El carácter estructural del problema por la carencia de políticas públicas de atención y de garantía de los derechos fundamentales, con especial énfasis en la imposibilidad institucional de cumplir los mandatos constitucionales y legales, y en la escasez de recursos frente al problema que se enfrenta.

Con base en la concurrencia de los anteriores requisitos, la Corte evidenció la existencia de una falla estructural en la política pública de atención a la población en situación de desplazamiento por la violencia que, en consecuencia, conllevó a la declaratoria de un ECI.

Según el profesor Cesar Rodríguez Garavito (Rodríguez, 2009: P. 28) la declaratoria del ECI tenía un doble significado. De una parte, determinaba que la población desplazada se encontraba en una situación precaria como consecuencia de un problema estructural, derivado de la prolongada omisión de varias instituciones que hacían parte del sistema nacional de atención integral a la población desplazada –SNAIPD–. Y de otra parte, el ECI indicaba que en materia de desplazamiento los instrumentos legislativos, administrativos y presupuestales, es decir, la política pública de desplazamiento, eran precarias frente a la vulneración de los derechos de dicha población. Para Rodríguez, las órdenes centrales de la sentencia T-025 de 2004 se pueden dividir en 3 grupos:

- (1) La creación de un plan de acción para superar el ECI, ante la ausencia de políticas públicas sobre el desplazamiento. Sobre este tema se debía recolectar y sistematizar la información básica sobre la situación de la población afectada, calcular los recursos

necesarios para atenderla, y distribuir las competencias entre la nación y los gobiernos *subnacionales* (departamentos y municipios) junto con la cooperación internacional.

(2) La realización de todos los esfuerzos posibles para conseguir el presupuesto requerido para atender a la población según el cálculo del mismo gobierno.

Y (3) la garantía del goce efectivo del contenido esencial de los derechos básicos de las personas en situación de desplazamiento; sobre este asunto, la Corte señaló que se debían garantizar los derechos a la vida, el derecho a la dignidad y a la integridad personal, el derecho a la familia y la unidad familiar, el derecho a la subsistencia, el derecho a la salud básicas, el derecho a la no discriminación, el derecho de los niños a la educación básica, el derecho a la asesoría para la estabilización socioeconómica y el derecho a decidir libremente sobre el retorno al lugar de origen.

Con base en estos lineamientos, en el ECI declarado en la sentencia T-025 de 2004 la Corte Constitucional definió los lineamientos que regirían la política pública de desplazamiento forzado que debería seguir el Estado colombiano, al menos en materia de garantía de derechos humanos. Dicha decisión de fundamento jurídico-constitucional, abriría la discusión sobre la intromisión directa de la Corte en la formulación de las políticas públicas, y sobre el posterior seguimiento y evaluación que se hace a las mismas.

El seguimiento o monitoreo a la sentencia T-025 de 2004

El punto de inflexión que marcó la sentencia T-025 de 2004 respecto a las demás ECIs que la Corte había declarado, se produjo por el monitorio o seguimiento que la misma Corporación realizó sobre el cumplimiento de las órdenes que en su momento profirió. En efecto, valiéndose de las competencias constitucionales y legales para garantizar la efectividad de los derechos de los ciudadanos⁴³, la Corte ha realizado un proceso de seguimiento a las órdenes impartidas para garantizar su eficacia. Dicho proceso ha sido periódico, continuo y público, y ha integrado a actores tanto institucionales como de la sociedad civil con el objeto de democratizar el seguimiento a las decisiones.⁴⁴

Los mecanismos de monitoreo a las decisiones adoptadas por la Corte, pueden resumirse básicamente en dos: (i) las audiencias públicas y las audiencias técnicas que se han celebrado de forma periódica y (ii) los autos de seguimiento que se han expedido por parte de la Corte y que han sido las principales herramientas mediante las cuales la Corte

⁴³ El artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, señala que la el juez de tutela (la Corte es el máximo juez de tutela) “*mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.*”

⁴⁴ Este proceso adelantado por la Corte, puede ser analizado como un ejercicio de *democracia disputatoria*. Como señala Mejía (2010), la *democracia disputatoria* supera los modelos liberales clásicos de la democracia representativa y participativa, en tanto permite que la toma pública de decisiones atienda a los intereses y las interpretaciones de los ciudadanos por ella afectados (Op. Cit. P. 65).

ha conminado al gobierno y otros órganos del Estado para el cumplimiento de sus órdenes, o para hacer seguimiento a las mismas.

En materia de autos de seguimiento, la Corte ha proferido diferentes providencias, en las que, entre otras, se ordena hacer seguimientos específicos, realizar informes, establecer indicadores, e incluso ejecutar programas a través de algunos lineamientos concretos. Acudiendo a la doctrina más afinada en el estudio del tema (Rodríguez, 2009: Pp. 31-34), el seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004 mediante autos puede resumirse en 3 grandes fases.

En una **primera fase** (2004 a 2006) se valoró la política pública de desplazamiento, por lo que los autos emitidos en dicho periodo evaluaban el cumplimiento de las autoridades respecto a la responsabilidad de cada institución frente al tema, y decretaban órdenes para el mejoramiento de la política pública. Por ello, las órdenes eran generales y frecuentemente se ocupaban del diseño, la implementación y la aplicación de una estrategia para la superación de problemas concretos, sin embargo no se determinaban contenidos específicos de la política.⁴⁵

Igualmente, se identificaban las fallas del proceso de formulación e implementación de la política pública que habían llevado a la ocurrencia del ECI, dentro de las cuales las más destacadas eran: la ausencia de coordinación del sistema de atención a la población desplazada, las falencias en la identificación y registro, la falta de presupuesto, y la inexistencia de indicadores sobre goce efectivo de derechos.

La **segunda fase** (2007-2008) en la que la Corte intentó establecer formas de evaluación para medir el avance, estancamiento o retroceso tanto del programa de atención del Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada (SNIP), como del goce efectivo de los derechos de la población desplazada.

Construcción de indicadores: como resultado de esta fase, el gobierno nacional construyó una batería de indicadores que fue valorada por los órganos de control y seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-025, esto es, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Comisión de Seguimiento y Acnur. Como resultado, la Corte en los autos A-109 de 2007, A-233 de 2007 y 116 de 2008, determinó qué indicadores se debían adoptar y cuáles se ordenaba rechazar o mejorar. Como resultado del proceso de construcción de indicadores, existe una lista de 20 derechos que pueden ser evaluados mediante tres tipos de indicadores: (1) indicadores de goce efectivo de derechos, (2) indicadores complementarios, e (3) indicadores sectoriales.

⁴⁵ Por ejemplo en el auto 178 de 2005 mediante el cual se hizo seguimiento al cumplimiento de algunas de las órdenes de la sentencia T-025 de 2004, se ordenó (orden segunda) al Director de la Red de Solidaridad Social que en un plazo de 3 meses a la providencia, diseñara, implementara y aplicara los procedimientos y correctivos necesarios para superar los problemas señalados en el párrafo 1.4 sobre el ordinal segundo de la parte resolutoria de la Sentencia T-025 de 2004.

Una **tercera fase** (2008-2015), responde a un seguimiento más detallado –y prolongado– de la actuación del gobierno. Según Rodríguez, esta etapa tiene dos características: (1ª) Los autos emitidos en este periodo incrementan la exigencia de resultados concretos y la urgencia por alcanzarlos⁴⁶; y (2ª) se especificó el diagnóstico para crear la estrategia de *enfoques diferenciales* que respondía a las necesidades de atención a grupos de personas en situación de desplazamiento que por sus especiales condiciones se hacían más vulnerables. A continuación se señalan las principales decisiones que dan cuenta del desarrollo de la estrategia de enfoque diferencial de la tercera etapa.

Los enfoques diferenciales

La estrategia de enfoques diferenciales constituye uno de los principales aportes de la jurisprudencia constitucional a la protección de derechos humanos de diferentes grupos de la población, y con la cual se redefinió la manera como se continuaron diseñando y evaluando las políticas públicas en Colombia.

Dicha estrategia consiste en considerar las características específicas de cada segmento de la población afectada por la problemática objeto de la política pública, lo que permite determinar cuáles son las acciones y medidas pertinentes a adoptar. La importancia de este instrumento radica en que muchas de las dificultades que sufrían las políticas públicas surgían por la generalización y homogenización que se hacía de las condiciones de la población, que impedían evidenciar aspectos esenciales para su atención.

Adicionalmente, un enfoque diferencial permite focalizar los esfuerzos gubernamentales para establecer cuáles son los aspectos urgentes y más importantes que una política pública debe solucionar, con lo que se logra racionalizar la destinación de los recursos económicos, institucionales y humanos que se utilizan para atender las problemáticas específicas.

Así por ejemplo, en el **Auto 092 de 2008** se analizó la problemática particular de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado. En esta providencia se ordenó la creación de 13 programas específicos para la atención a las mujeres, jóvenes y niñas en situación de desplazamiento. Al cumplimiento de las órdenes emitidas en esta decisión, se le ha realizado seguimiento a través de los autos A-098 de 2013 y A-009 de 2015.

En este pronunciamiento la Corte había detectado 12 riesgos que afectaban únicamente a las mujeres y aumentaban el riesgo de vulnerabilidad como víctimas del desplazamiento. En el seguimiento se ordenó a Acción Social que creara programas para su protección y a la Fiscalía General de la Nación que investigara los casos de violencia sexual que se habían denunciado con ocasión de la investigación realizada por la Corte.

⁴⁶ Ejemplo de esta característica es el Auto 009 de 2009 que evaluó los factores que dieron lugar a la declaratoria del ECI, constatando su persistencia, con especial énfasis en temas de política de tierras y de reparación.

Este auto es uno de los ejemplos más importantes sobre los efectos que la sentencia T-025 de 2004 ejerció sobre el diseño y evaluación de la política pública de desplazamiento. Como resultado del mismo se creó una Mesa Nacional de seguimiento al cumplimiento a este auto en el que se articularon 12 organizaciones de mujeres y de defensoras de derechos humanos, que han hecho seguimiento al cumplimiento de las órdenes emitidas por la Corte.

Dicha Mesa de seguimiento ha realizado cinco informes de seguimiento en los que se detalla el avance y retroceso en el cumplimiento de la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación en la investigación de los crímenes contra las mujeres víctimas de violencia sexual. Adicionalmente, la Corte ha emitido dos autos estructurales para el seguimiento de esta problemática particular: el auto 098 de 2013 en el que se ordena la protección y el desarrollo de programas para las mujeres lideresas de las organizaciones defensoras de derechos humanos de las víctimas de violencia sexual; y el auto 009 de 2015 en el que se evalúa la protección a las mujeres víctimas de violencia sexual perpetrada por actores armados, y articulada a los problemas de atención, reparación y acceso a la justicia.

Por otra parte, en el **Auto 251 de 2008** se estableció la necesidad de formular programas de protección diferencial a los niños, niñas y adolescentes frente al desplazamiento forzado. En este evento se ordenó el diseño e implementación de 15 proyectos piloto para atender a los niños, las niñas y adolescentes víctimas del desplazamiento forzado. Adicionalmente, se ordenó adoptar medidas específicas frente a los 18.000 niños, niñas y adolescentes que se identificaron en el auto.

Finalmente, en este pronunciamiento se señaló la necesidad de tratar dos componentes centrales: uno, la prevención de los efectos del desplazamiento forzado y la asistencia en relación con este grupo; y dos, la creación de los programas que respondieran a riesgos específicos y urgentes a los que dicha población se encontraba expuesta.

De la misma manera, en el **Auto 004 de 2009** la Corte determinó que en relación con los pueblos indígenas afectados por el desplazamiento y el conflicto armado, era necesario adoptar un programa de garantía de los derechos de esta población, razón por la que ordenó la formulación e implementación de planes para la salvaguarda étnica de 34 pueblos indígenas.

Esta providencia judicial también ha generado una dinámica particular de seguimiento a través de los autos A-382 de 2010, A-174 de 2011 y A-173 de 2012 en los que se ha discutido el avance y los retrocesos en el cumplimiento de las órdenes emitidas en el auto 004 de 2009.

Por otra parte, es necesario destacar el **Auto 006 de 2009** en el que se analizó la problemática en relación con las personas desplazadas con condiciones de discapacidad. En este caso se ordenó la adopción de mecanismos para solucionar las fallas de

información respecto de este grupo poblacional, ordenó el diseño e implementación de un programa con enfoque diferencial, y de 5 programas piloto para la prevención y atención de estas personas.

En este caso también se detectó la necesidad de adoptar medidas en dos frentes: en primer lugar, en relación con la prevención de los riesgos que sufrían las personas en situación de discapacidad; y en segundo lugar, en relación con la necesidad de adoptar programas que atendieran integralmente las necesidades de este grupo poblacional. En este enfoque diferencial, el seguimiento se realizó a través del auto A-173 de 2014.

Finalmente, es de resaltar el **Auto 299 de 2012** en el que la Corte ordenó la ejecución de recursos en relación con la protección de los territorios colectivos de las comunidades afro-descendientes de la Costa Pacífica en los territorios de Curvaradó y Jiguamiandó. En este auto también se ha realizado un seguimiento particular, que inició con el auto A-045 de 2012, se consolidó en el mencionado auto A-299 de 2012 y continuó con el auto A-073 de 2014. Dentro de este proceso se ha evidenciado la grave problemática que sufre la comunidad afro frente a los enfrentamientos con las bandas criminales que se han conformado por antiguos grupos paramilitares.

Como se puede notar, las fases del seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, demuestran que la Corte pasó de valorar de forma genérica y dar lineamientos para la política pública existente, a una posición activa en el diseño de la política, en su monitorio con la construcción de indicadores que permitieran medir el progreso de los esfuerzos para superar el ECI. Y, aún más notorio, finalmente, ha incidido en la reformulación y ha contribuido en el diseño de una nueva política, que incluya programas para grupos específicos.

Otros mecanismos de seguimiento: La Sala especial de seguimiento, las audiencias públicas y las sesiones técnicas

Además del proceso de seguimiento y de la innovación de la estrategia de enfoques diferenciales la Corte ha utilizado tres herramientas adicionales con el fin de democratizar y cualificar el proceso de evaluación y seguimiento de sus órdenes en relación con las políticas públicas.

Como señalan Rodríguez y Rodríguez (2015: P. 64 y 142), las audiencias públicas constituyen un mecanismo público de rendición de cuentas y un espacio para la discusión sobre los avances de la política pública, en la que intervienen los diferentes actores ligados a la misma: así por ejemplo, concurren a estas los magistrados de la Corte, los delegados del gobierno, los representantes de las organizaciones, pero de manera especial y significativa, los y las líderes de las organizaciones afectados por las decisiones de la Corte.

Por su parte, las sesiones técnicas (Op. Cit. P. 143) son espacios en los que actores específicos de la política pública, como funcionarios o asociaciones de afectados discuten

aspectos puntuales relacionados con dificultades o estrategias para la superación de problemáticas particulares.

Finalmente, un tercer mecanismo diseñado para el seguimiento de la política pública son las Salas especiales de seguimiento, como las creadas en 2009 para las problemáticas del desplazamiento forzado y del sistema de salud, con las cuales la Corte ha intentado concentrar y especializar sus esfuerzos a través de la destinación de un grupo de profesionales e investigadores expertos en dichos temas.

Propuestas en relación con el levantamiento de la declaratoria del ECI

Las formulas sobre criterios de superación del ECI en la actualidad no son claras y están en construcción. Hasta el momento existen básicamente 2 fuentes de insumos sobre posibles estándares de superación del ECI. De una parte, los propios criterios que ha venido delineando la propia jurisprudencia de la Corte a través de algunos autos de seguimiento –principalmente relacionados con el caso de ECI por desplazamiento– que han instituido indicadores de seguimiento y resultado en perspectiva de goce efectivo de derechos (por ejemplo en el caso del seguimiento al problema del desplazamiento forzado los Autos 109 de 2007, 223 de 2007 y 116 de 2008).⁴⁷

De otra parte, existen aportes académicos y doctrinarios que han buscado llenar estos vacíos a través de propuestas de indicadores también de seguimiento y resultado, teniendo en cuenta la doble faceta del ECI, como identificador de problemas estructurales de orden institucional y por la finalidad de logro de goce efectivo de derechos (Rodríguez, 2009: P. 440).

La superación del mismo constituye el objetivo esencial del seguimiento que hace la Corte, no obstante, la dificultad que constituye el establecimiento de criterios para el levantamiento de la declaratoria de un ECI es notoria. La determinación de estándares uniformes es imposible comoquiera que las características de cada ECI son diferentes. En este sentido, la evaluación que hace la Corte, apoyada por criterios técnicos, es la principal guía en la medición de la superación del ECI.

Las posibilidades de declaratoria de superación de un ECI, únicamente podría plantearse si luego de un análisis informado y detallado del proceso de seguimiento, la misma Corte llega a la conclusión de que las condiciones que dieron origen a la declaratoria ECI ya no existen. Una decisión de tal calibre –la cesación de un ECI– requiere por lo menos de dos condiciones previas (Rodríguez, 2009): En primer lugar, la existencia de unos indicadores que sean medibles, válidos y que generen confiabilidad, que permitan obtener resultados empíricamente consistentes; y, en segundo lugar, la existencia de un flujo de información que permita la medición a través de los indicadores señalados, de no existir esta información, los mismos indicadores deberían señalar esta ausencia de información.

⁴⁷ En el caso del ECI por salud (Sentencia T-760 de 2008), se han adelantado criterios en relación con cobertura y estándares de servicios.

En esta vía, es necesario señalar que el caso del seguimiento al problema del desplazamiento es el más avanzado, no obstante su relativo estancamiento. Tanto la Corte Constitucional como el gobierno han avanzado en el establecimiento de una batería de indicadores con base en comentarios de la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría el Pueblo, la Comisión de seguimiento a la sentencia T-025, y Acnur. Dicho proceso dio como resultado su adopción en los autos A-109 y 233 de 2007, y 116 de 2008, por lo que se adoptó una lista de 20 temas de evaluación a partir de indicadores de resultado de tres tipos: (i) goce efectivo de derechos, (ii) complementarios y (iii) sectoriales (Rodríguez 2009).

3.2.2. La sentencia T-388 de 2013: El segundo ECI por hacinamiento carcelario

En esta sentencia, la Corte analizó la vulneración de los derechos fundamentales de las personas reclusas en seis establecimientos carcelarios del país: el complejo carcelario de Cúcuta, la cárcel de la Tramacúa de Valledupar, la cárcel Modelo de Bogotá, la cárcel nacional de Bellavista de Medellín, la cárcel San Isidro de Popayán, y el establecimiento carcelario de Barrancabermeja.

En el asunto, la Corte se planteó, básicamente, dos problemas jurídicos: de una parte, determinar si las diferentes autoridades demandadas⁴⁸ habían violado los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad (a la dignidad humana, a la vida, a la salud y a la resocialización), por las deplorables condiciones de reclusión, ocasionadas por el grave hacinamiento que atravesaban estas instituciones. Lo anterior, teniendo en cuenta que tal situación es un asunto estructural que no le competía específicamente a ninguna de las autoridades acusadas.

El otro problema consistió en establecer si el juez de tutela debía tomar medidas de protección concretas y específicas ante la solicitud de violación de derechos evidenciada, a pesar de que la Corte Constitucional ya se había pronunciado en el pasado al respecto, en una sentencia en la que declaró el estado de cosas inconstitucional sobre hacinamiento carcelario (T-153 de 1998).

Respecto al primer problema, la Corte señaló que ya había sido resuelto por la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-153 de 1998, al señalar que someter a las personas privadas de la libertad a condiciones de reclusión indignas y contrarias a la garantía de sus derechos fundamentales más básicos era una conducta proscrita en un estado social y democrático de derecho. Pese a ello, la Corte encontró que la nueva situación difería de la que se había evidenciado en la sentencia del año 1998.

De esta manera, señaló que en relación con el segundo problema jurídico la Corte no podía conocer del cumplimiento de la sentencia T-153 de 1998, y que en algunas

⁴⁸ La Presidencia y el Congreso de la República, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el INPEC, las autoridades de cada centro de reclusión, los jueces de ejecución de penas y medidas y los fiscales.

ocasiones había considerado parcialmente cumplida, pues pese a ciertas condiciones de similitud, en la actualidad se enfrentaba a unas condiciones fácticas distintas.

Respecto a esta nueva problemática, la Corte encontró que la segunda situación de hacinamiento tenía explicaciones diferentes a la del abandono institucional –absoluto– evidenciado en la sentencia T-153 de 1998. En la primera sentencia, el Estado colombiano había realizado una importante inversión económica en infraestructura carcelaria, pese a lo cual se había retornado a los niveles alarmantes de hacinamiento y vulneración de derechos del año 1998. No obstante, este nuevo ECI no obedecía a la poca cobertura en infraestructura, sino a problemas de diseño institucional y principalmente a fallas en la política criminal del Estado colombiano, en particular en lo que tiene que ver con la política carcelaria. Sobre el tema la Corte encontró que la utilización excesiva del castigo penal por encierro generaba una demanda de cupos para la privación de la libertad que era insostenible para el Estado.

Dicho diagnóstico llevó a la Corte a declarar la existencia de un nuevo ECI en relación con el sistema penitenciario y carcelario del país, razón por la que constató el cumplimiento de los requisitos para su configuración: (i) evidenció la vulneración masiva y generalizada de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad; (ii) el prolongado y sistemático incumplimiento de las obligaciones de respeto, protección y garantía derivada de dichos derechos; (iii) la institucionalización de prácticas inconstitucionales, dentro del funcionamiento del sistema carcelario; (iv) la ausencia notoria en la adopción de medidas legislativas, administrativas y presupuestales que deben ser adoptadas con urgencia; (v) la necesidad de adoptar una solución a los problemas estructurales que requiere la intervención de varias entidades a través de actuaciones complejas y coordinadas; y (vi) que la vulneración de derechos conlleve a la utilización de los mecanismos de protección de derechos, pero en particular de la tutela, de forma masiva que conlleve a la congestión del sistema judicial.

Ahora bien, respecto a las medidas para conjurar la situación de inconstitucionalidad, la Corte estableció básicamente dos mecanismos o reglas para enfrentar la crisis penitenciaria: (i) la *regla de cierre* de un establecimiento penitenciario y carcelario; y (ii) la *regla de equilibrio decreciente* del ingreso de personas al centro de reclusión.

La regla de cierre de establecimientos carcelarios señala que solamente en los casos en los que excepcionalmente se encuentre de forma clara y contundente que un establecimiento amenaza grave e inminentemente la dignidad humana y los derechos de las personas, y que no es posible reparar o evitar tal situación, puede ordenarse la medida extrema del cierre de un establecimiento carcelario, hasta tanto se asegure el respeto de la dignidad humana y el goce efectivo de los derechos fundamentales.

Por su parte, la regla de equilibrio decreciente establece que en los casos en los que la situación de hacinamiento es grave y evidente, y no se cuente con una forma de asegurar los derechos de forma igual o mayor por parte de las autoridades penitenciarias, se

deberá limitar el ingreso de personas al establecimiento carcelario bajo las siguientes condiciones: (i) que el número de ingresos sea igual o menor al de egresos del establecimiento, durante la semana anterior; y que (ii) el número de personas recluidas hubiera disminuido constantemente, de acuerdo con las expectativas y las proyecciones realizadas. La sentencia señala que la regla se aplica hasta que el hacinamiento cese, y hasta que el establecimiento no ocupe más de su capacidad total.

Además de estas medidas, la Corte emitió un conjunto de órdenes complejas orientadas a exigir que las diferentes autoridades y entidades encargadas de diseñar, formular, ejecutar y coordinar la política carcelaria y penitenciaria, adoptaran las acciones de coordinación e implementación necesarias para conjurar el ECI declarado.

3.2.3. Dos ECIs especiales

Además de las sentencias T-025 de 2004 y T-388 de 2013, existen dos casos particulares en los que la Corte ha emitido decisiones que cumplen todos los requisitos para ser considerados ECIs: se trata de las sentencias **T-760 de 2008** relacionada con el problema estructural del sistema de seguridad social en salud; y el **Auto 110 de 2013** y sus autos de seguimiento, en el cual progresivamente se ha reconocido la existencia de una problemática estructural en relación con el régimen de prima media por la liquidación del Instituto de Seguros Sociales –ISS–. En el primero de los casos la Corte no declaró la existencia de un ECI en la materia, en tanto en la segunda se reconoció de manera progresiva.

En la sentencia **T-760 de 2008** la Corte Constitucional revisó 22 acciones de tutela atinentes a problemas de prestación del servicio de salud. Al analizar a profundidad las diferentes situaciones puestas a su consideración, el Tribunal constitucional encontró que se trataba de trabas de índole estructural que afectaban seriamente la protección y cumplimiento de los derechos fundamentales a la salud, la vida y la dignidad humana de los usuarios del sistema general de seguridad social en salud.

La Corte encontró que los problemas evidenciados correspondían a un patrón de violaciones de carácter sistémico causados por vacíos y deficiencias en la política pública de salud que había diseñado el Estado, y que la vulneración de derechos hacía recurrente la utilización de la acción de tutela.⁴⁹ De esta manera, sostuvo que se debían emitir órdenes de carácter estructural para modificar así la política de atención en salud.

⁴⁹ Según datos ofrecidos por la Defensoría del Pueblo, en los periodos comprendidos entre los años 2003 a 2005 el derecho a la salud era la tercera causa de solicitud de acciones de tutela, representados en 204.994 acciones, que constituían el 35,8% del total de solicitudes de amparo del país en esa época. En el periodo 2006 a 2008, la cantidad de acciones ascendió a 346.424 que representaban el 39,2% del universo de tutelas. Cfr. Defensoría del Pueblo, “*La tutela y el derecho a la salud: Periodo 2003-2005*”, Bogotá, 2007 y “*La tutela y el derecho a la salud: Periodo 2006-2008*”, Bogotá, 2009.

La Corte adujo que se debía evaluar ampliamente la situación del sistema de salud en tanto existían problemas de regulación o diseño institucional que repercutían en el goce efectivo del derecho a la salud de los ciudadanos. En consecuencia, se debían adoptar los correctivos razón por la que se emitieron 15 órdenes y se identificaron 5 grandes problemáticas del sistema de salud *con rasgos generales, graves y recurrentes*, todas ellas relacionadas con: (i) la unificación de los planes de beneficios y el mejoramiento en la calidad de los servicios; (ii) garantizar la universalización de la cobertura; (iii) la sostenibilidad económica y el flujo de recursos del sistema de salud; (iv) la divulgación de los derechos de los afiliados tanto del régimen subsidiado como contributivo; y (v) el seguimiento a la sentencia y su consecuente divulgación. Así las cosas, la Corte encontró principalmente como fallas estructurales las que se describen a continuación.

1. Para empezar, el problema derivado de la incertidumbre por los servicios incluidos y no incluidos en los planes de beneficios. En este sentido, la Corte señaló que la ausencia de unificación de los POS subsidiado y contributivo en uno solo, que se había previsto a más tardar para el año 2001 y no se había cumplido, vulneraba los derechos de gran parte de la población que veía negados sus servicios respecto de unos planes de beneficios desactualizados y que no respondían a las necesidades de los ciudadanos. La Corte ordenó unificar los planes de beneficios y que la Comisión Nacional de Regulación en Salud revisara periódicamente los planes de salud, por lo menos cada año, para que reflejaran las necesidades de la población.

2. De otra parte, la Corte encontró que no se estaba garantizando el goce oportuno y adecuado del derecho a la salud en tanto no existía una garantía de financiación, y porque la meta de cobertura universal trazada para el año 2001 se había incumplido. Para el momento de la expedición de la sentencia se había alcanzado el 82% de cobertura de afiliación al sistema. Pese a ello, el legislador colombiano había aplazado mediante ley, la meta de cobertura universal para señalar que la alcanzaría en el año 2010.

Esta sentencia, constituye el segundo evento más notorio de intervención de la Corte en el ámbito de las políticas públicas.⁵⁰ Sin embargo, en esta oportunidad el Tribunal Constitucional no utilizó expresamente el concepto de ECI, sino que habló de un *déficit de protección* del derecho fundamental a la salud y de problemas y fallas estructurales. Las razones de la no declaratoria del ECI en este caso no son claras, pues esta decisión de la Corte reúne todas las características para la declaratoria de un ECI.

La principal hipótesis sobre el tema señala que el momento de adopción de esta decisión por la Corte coincidió con el auge de notorias críticas por parte de diferentes sectores, tanto institucionales como académicos, en relación con la pertinencia o no de la intervención que el Tribunal había generado en los ámbitos de política pública en la

⁵⁰ Para profundizar en los detalles de esta decisión y sus implicaciones en la relación con las políticas públicas de salud, se sugiere consultar Quinche y Rivera (2010), “*El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de derechos humanos*”, Universitas, 121, Junio-diciembre, Pp. 113-137, Pontificia Universidad Javeriana.

sentencia T-025 de 2004, especialmente relacionados con gasto público o afectación de las finanzas públicas.

Adicionalmente, la decisión de no declarar el ECI en este caso puede interpretarse como la intención de la Corte de fortalecer sus pronunciamientos a través de la ampliación de otras formas de sentencias estructurales. Sin embargo, como se demostrará en la tercera parte de este trabajo, el mejor instrumento existente para lograr los efectos más contundentes en relación con una decisión que interviene en ámbitos de política públicas son los ECI. Este último irradia unos efectos simbólicos y materiales que no solo empoderan a la Corte, sino que permiten a los actores de la sociedad civil, utilizar un referente de acción que hace exigibles sus derechos de manera más eficaz.

El caso del **auto 110 de 2013** y sus autos posteriores de seguimiento constituye una variación significativa en relación con la forma de reconocimiento de la existencia de un ECI por parte de la Corte. En esta oportunidad, se analizó la situación de vulneración masiva y sistemática de los derechos de los afiliados a la administradora del régimen de prima media en pensiones, esto es, al Instituto de Seguros Sociales –ISS– que había sido liquidada y reemplazada por una nueva entidad, la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones–.

En el asunto, se estudió un conjunto de tutelas relacionadas con casos de personas que habían radicado peticiones ante el ISS, o que se encontraban a la espera del cumplimiento de fallos judiciales contra la entidad, los cuales no tenían respuesta oportuna y que bloqueaban el reconocimiento de las correspondientes prestaciones pensionales.

En tal problema, la Corte emitió el Auto 110 de 2013⁵¹ en el que encontró probada la *“presencia de un conjunto de obstáculos materiales y administrativos que imp[edían] el cumplimiento de los términos dispuestos por el ordenamiento jurídico para la resolución de peticiones pensionales y el acatamiento de órdenes dictadas por los jueces de la República.”*⁵² La Corte explicó que la decisión se adoptaba frente a la evidencia de un *“escenario de bloqueo institucional ocasionado por la incapacidad de respuesta oportuna de las entidades estatales, que produce un menoscabo de los derechos de todas las personas perjudicadas por amplios periodos de espera (...)”*. Igualmente explicó que *“(...) debido a determinadas realidades económicas y sociales, la anotada espera impacta[ba] de manera más profunda y lesiva a ciertos segmentos poblacionales que cuentan con mayores carencias y una menor capacidad de asumir cargas públicas.”*⁵³

Con base en las anteriores consideraciones concluyó que *“en escenarios de parálisis institucional que menoscaben los derechos fundamentales, el juez constitucional debe*

⁵¹ Mediante el cual se decretan unas medidas provisionales en el trámite de revisión del expediente acumulado T–3287521.

⁵² Cfr. Corte Constitucional, Auto 110 de 2013, fundamento jurídico 9.

⁵³ Ídem.

*adoptar medidas que faciliten la coordinación de las distintas entidades y la atención urgente de los sectores más vulnerables, los cuales podrían verse desplazados por personas con carencias más soportables.*⁵⁴

Ahora bien, la Corte determinó, a grandes rasgos, la existencia de dos problemas estructurales: (i) la presencia de una serie de dificultades y barreras en el proceso de envío de expediente prestacionales con información completa por parte de la entidad que se estaba liquidando, el ISS a Colpensiones, que impedía que se resolvieran las solicitudes pensionales; y (ii) la ausencia de capacidad suficiente de Colpensiones para responder a tiempo las solicitudes radicadas ante el ISS y cumplir las sentencias en contra del mismo⁵⁵.

Por tales circunstancias, la Corte⁵⁶ adoptó un conjunto de medidas encaminadas a: (i) facilitar y vigilar la coordinación entre el ISS y Colpensiones dentro de la transición del nuevo administrador del régimen de prima media; (ii) atender de forma urgente los requerimientos de los sectores más vulnerables de la población⁵⁷; (iii) garantizar la

⁵⁴ Ídem, fundamento jurídico 14.

⁵⁵ Así por ejemplo, respecto a este segundo problema, la Corte encontró que Colpensiones tenía una capacidad de respuesta mensual de 19.900 reconocimientos, mientras que los trámites pendientes llegaban a un total de 184.478 trámites pendientes (datos tomados a corte de 28 de febrero de 2013). Adicionalmente, se había encontrado que las sentencias pendientes de cumplimiento ascendían a 10.215, en tan lo la capacidad de respuesta se limitaba a 1.277 sentencias mensuales.

⁵⁶ Cfr. Corte Constitucional, Auto 182 de 2013, fundamento jurídico 3.

⁵⁷ Sobre este tema en particular, el auto 110 de 2013 utilizó una fórmula novedosa en la que dividió los segmentos de la población afectada por la situación de vulneración masiva de derechos, en tres grupos prioritarios de atención, con base en criterios de razonabilidad y proporcionalidad en la afectación de sus derechos a la igualdad y afectación del mínimo vital. **Prioridad uno (1):** •Menores de edad. •Personas que tienen 74 años de edad o más. •Personas en condición de invalidez calificada, que han perdido un 50 % o más de su capacidad laboral, y las que acrediten el padecimiento de una enfermedad de alto costo o catastrófica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 del Acuerdo 029 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud. • Afiliados que en los tres últimos meses de servicios realizaron cotizaciones sobre una base salarial promedio máxima de uno y medio salarios mínimos legales mensuales (SMLM), vigentes en el respectivo año de cotización; y los casos de los potenciales beneficiarios de una pensión de sobreviviente en los que el afiliado cotizó sobre la anotada base salarial, o tenía reconocida una pensión que no excediera dicho monto. • Los beneficiarios del subsidio a la cotización o de los auxilios para los ancianos en condición de indigencia (Art. 25 a 30 y 257 a 262 L.100/93). **Prioridad dos (2):** Afiliados que no cumplan los criterios de acceso al grupo de prioridad uno, pero que en los tres últimos meses de servicios realizaron cotizaciones sobre una base salarial promedio superior a uno y medio SMLM y máxima de 3 SMLM, vigentes en el respectivo año de cotización, y los casos de los potenciales beneficiarios de una pensión de sobreviviente en los que el afiliado cotizó sobre la anotada base salarial o una inferior, o tenía reconocida una pensión que no excediera dicho monto. **Prioridad tres (3):** Afiliados que no cumplan los criterios de acceso a los grupos de prioridad uno y dos, pero que en los tres últimos meses de servicios realizaron cotizaciones sobre una base salarial promedio superior a tres SMLM, vigentes en el respectivo año de cotización, y los casos de los potenciales beneficiarios de una pensión de sobreviviente en los que el afiliado cotizó sobre la anotada base salarial o una superior, o tenía reconocida una pensión que excediera dicho monto. Al respecto, Cfr. Corte Constitucional, Auto 182 de 2013.

respuesta oportuna de mayor incidencia en el mínimo vital; y *(iv)* asegurar que las respuestas no prioritarias se solucionaran en tiempos razonables. Para el efecto, el Tribunal Constitucional estableció obligaciones, tanto para el ISS en liquidación, como para Colpensiones como nuevo administrador del sistema.

En relación con las obligaciones del ISS en liquidación, dispuso que debía:

(i) Definir una fecha cierta en la que entregaría la totalidad de expedientes administrativos que todavía tenía en su poder, y que debían ser remitidos a Colpensiones; *(ii)* crear un grupo de trabajo que concentrara sus esfuerzos en atender los requerimientos judiciales y administrativos efectuados sobre el traslado de los expedientes administrativos de los afiliados que hacen parte del grupo con prioridad uno; *(iii)* adoptar las medidas para que el traslado de expedientes se hiciera con información completa; y finalmente, *(iv)* incluir una forma de publicar en la página web de la entidad, el listado de expedientes pendientes de traslado, con el flujo semanal y mensual del mismo.

Por otra parte, determinó que Colpensiones debería cumplir básicamente las siguientes obligaciones:

(i) Prestar informes periódicos de calidad respecto al avance de las órdenes emitidas; *(ii)* contestar las peticiones prestacionales radicadas ante el ISS y cumplir las sentencias judiciales en las que se ordenó responder una petición o reconocer una prestación económica pensional; *(iii)* responder las solicitudes prestacionales y atender los fallos judiciales de acuerdo al orden de prioridad fijado en el auto 110 de 2013; *(iv)* proferir actos administrativos de calidad al contestar las peticiones prestacionales y cumplir los fallos judiciales; y *(v)* adoptar medidas para profundizar la atención de los grupos prioritarios y tomar las medidas necesarias para asegurar que el presupuesto, personal y la infraestructura de la entidad sean suficientes para cumplir las metas propuestas.

Frente al cumplimiento de estos dos tipos de obligaciones, las del ISS y las de Colpensiones, la Corte ha emitido un conjunto de pronunciamientos (autos 182 de 2013, 202 de 2013, 320 de 2013, 259 de 2014, y 181 de 2015, entre otros) en los cuales creó un sistema de seguimiento –que actualmente sigue en desarrollo–, con base en el cumplimiento de objetivos y metas supeditados a la suspensión de sanciones por las múltiples órdenes de desacato que recaían sobre las entidades (ISS y Colpensiones) a raíz de los múltiples casos de vulneración de derechos de los solicitantes de prestaciones pensionales.

La particularidad de este caso radica en que se reconoció la existencia de un ECI de forma progresiva y paulatina, dentro de un proceso aún no resuelto, y por tanto, sin que se hubiere emitido una sentencia estructural que permitiera, como en el caso de las anteriores decisiones de la Corte Constitucional, y particularmente de las sentencias T-025 de 2004 y T-760 de 2008, crear un sistema de seguimiento posterior.

En este evento, la Corte siguió una ruta diferente: (i) conoció de la revisión de un conjunto de casos que eran recurrentes en la jurisprudencia de la Corte; (ii) adoptó unas medidas cautelares iniciales y solicitó información a las entidades demandadas sobre las razones de su incumplimiento y consecuente actuación vulneratoria de derechos; (iii) decidió adoptar medidas estructurales durante el trámite del proceso; y, (iv) durante el desarrollo de ese trámite corroboró la existencia de los elementos definitorios del ECI.

En efecto, el Auto 110 de 2013 con el que se inició este proceso, no declaró en su momento la existencia del ECI, sino que evidenció algunos elementos propios de problemas estructurales tales como: (i) la masiva y sistemática vulneración de los derechos fundamentales de un grupo poblacional (afiliados y usuarios del sistema pensional); (ii) un contexto de bloqueo institucional por parte de las entidades encargadas de tramitar y resolver las solicitudes pensionales, que generaba la vulneración de los derechos del grupo afectado obligándolos a excesivos tiempos de espera; (iii) la necesidad de adoptar medidas que facilitaran la coordinación de las distintas entidades del Estado, para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de los afectados; y (iv) la tergiversación de la acción de tutela como mecanismo para garantizar la protección de los derechos, que repercute en la congestión del sistema judicial.

A pesar de la concurrencia de estas condiciones, inicialmente la Corte no declaró de manera formal la existencia del ECI en la materia, sino que paulatinamente encontró la necesidad de profundizar su intervención en la problemática detectada, hasta reconocer la existencia del mismo. Solamente hasta la emisión de los pronunciamientos posteriores de seguimiento al caso (autos 182 de 2013 y 320 de 2013) la Corte señaló expresamente la existencia de un ECI en la problemática del sistema de administración pensional del régimen de prima media.

No obstante, es importante señalar que, en este caso, la discusión sobre la intervención formal de la Corte en el ámbito de desarrollo de una política pública es más complejo. En este evento en particular, no existe formalmente una política pública en materia pensional, sino que el desarrollo de la administración del régimen pensional hace parte de la política social del Estado. De esta manera, pese a la carencia de un conjunto expreso de documentos político-administrativos sobre el tema, es una realidad que una de las políticas principales del Estado colombiano –y de todo Estado– es la Política Social. Y que, dentro de esta última, existe un ámbito específico dedicado a la gestión de los aspectos propios de la seguridad social, incluido el tema pensional.

Por esta razón, la intervención de la Corte en este asunto, no puede calificarse como una intervención en el diseño de la política –pública– social del Estado, sino más bien, en un ámbito de ejecución particular de la misma, que tiene que ver con la administración del sistema –público– pensional.

Sin embargo, es necesario reiterar que este proceso no ha concluido, y que la Corte deberá necesariamente emitir una sentencia que culmine el proceso iniciado en el auto

110 de 2013. Dicho pronunciamiento probablemente marcará la pauta sobre los límites constitucionales que la política pública social del Estado en materia pensional deberá respetar.

4. Elementos conceptuales consolidados en la evolución jurisprudencial

Con base en el recuento realizado podemos realizar una aproximación a una definición jurisprudencial elaborada por la Corte, a partir de los elementos que ha señalado que deben conjurarse para entender que se está ante la existencia de un estado de cosas inconstitucional: En efecto, la doctrina de la Corte ha establecido que para la declaratoria del ECI deben concurrir las siguientes condiciones:

- 1. Carácter generalizado:** la vulneración masiva de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas, es decir a gran parte de la población, en múltiples lugares del territorio nacional;
- 2. Carácter sistemático:** la permanente y múltiple violación de los derechos fundamentales no corresponde a acciones aisladas sino que guardan un patrón de identidad;
- 3. Déficit de protección institucional:** la ausencia notoria de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias con carácter urgente para evitar la vulneración, que no son imputables a una única autoridad, y que conllevan al incumplimiento de las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos;
- 4. Problemática pública estructural:** el carácter estructural del problema que exige la intervención de varias entidades a través de un conjunto complejo y coordinado de acciones y de un aporte alto en el nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;
- 5. Prácticas inconstitucionales** la institucionalización de prácticas vulneradoras de los derechos de la población, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho vulnerado;
- 6. Congestión del aparato judicial:** el colapso del sistema judicial por la misma problemática que conlleva a que el grupo de personas afectadas acuda de forma masiva a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, produciendo la congestión del mencionado sistema.

CONCLUSIÓN

El ECI ha sido una de las innovaciones más importantes, originales y útiles del constitucionalismo contemporáneo. El ECI ha hecho visible la existencia de violaciones masivas y graves de derechos humanos y, con mayor o menor éxito, dependiendo del caso, ha promovido políticas públicas para atenderlos. Así lo muestra el caso más

desarrollado y eficaz de la aplicación del ECI, relacionado con la situación dramática de la población en situación de desplazamiento forzado, que la Corte ha enfrentado con un exigente y sofisticado proceso de seguimiento que ha durado más de diez años, y sigue en desarrollo.

De esta manera, hasta el momento se han visto los principales aportes conceptuales en relación con la figura del ECI. Ahora, se procederá a hacer una aproximación, desde el punto de vista doctrinario y teórico, de la problemática institucional que genera la intervención de la Corte Constitucional en las políticas públicas. Al respecto encontraremos que existen argumentos tanto a favor como en contra de dicha intervención. Algunos señalan que produce crisis en principios fundantes del Estado constitucional como la separación de los poderes, y otras voces, plantean, que la intervención de la Corte en ámbitos de política pública genera inconvenientes de tipo económico porque la Corte ha perdido los límites de sus competencias.

SEGUNDA PARTE:

***La discusión sobre la
intervención de la Corte en las
Políticas Públicas***

INTRODUCCIÓN

Este capítulo tiene como objetivo establecer la relación existente entre los ámbitos del derecho y las políticas públicas. Como se ha señalado, el énfasis recae en la interacción que se suscita a raíz de la incidencia del ECI en estas últimas. Para ello, se describen las diferentes posiciones –discursos– que se han adoptado respecto a la intervención de la Corte en ámbitos propios de las políticas públicas. Dichos discursos se mueven en dos espectros fundamentalmente: de una parte, como una crítica que hace eco de una supuesta crisis institucional del Estado que se genera al romper con el principio de separación de poderes. Esta crítica se fundamenta en algunos argumentos de teoría constitucional y del Estado, y de la teoría económica, que consideran inadmisibles la extralimitación de funciones por parte del Tribunal constitucional al inmiscuirse en temas que generalmente son vedados a los jueces tales como el manejo de la economía y la formulación y seguimiento de políticas públicas.

Por otra parte, el otro extremo de la discusión –el otro discurso– sostiene que la intervención activa de la Corte a través del ECI es una acción acertada puesto que ante la ineficiencia de otras instituciones en el desarrollo de las políticas públicas, especialmente el gobierno, aquella debe defender los postulados del Estado Social de Derecho que son la esencia de la Constitución Política de 1991. Entre estos dos polos de la discusión existe un espectro en el que se mueve la disputa respecto a la conveniencia o no de la intervención de la Corte a través de este tipo de sentencias estructurales como las ECI.

No obstante, de manera previa es importante entender cuál es la relación funcional que existe entre el derecho y las políticas públicas. Para esto es necesario intentar resolver algunos interrogantes generales: cuál es el papel que juega el derecho en las políticas públicas, en especial, qué papel cumplen los derechos fundamentales y los derechos humanos en su desarrollo, se trata de un marco de referencia, es/son parte del ciclo de desarrollo de las mismas, es su objetivo final cumplir con dichos derechos. También es necesario plantearse si las políticas públicas son relevantes para la disciplina jurídica, si son parte de su desarrollo o si por el contrario son totalmente ajenas al mismo.

1. Relación entre Derecho y Políticas Públicas

La legitimidad de los Estados contemporáneos occidentales se sustenta en el respeto de los derechos humanos (Mencke, 2012). En este sentido, varios Estados han mostrado una tendencia creciente a incorporar expresamente en sus constituciones políticas los derechos que sus ordenamientos jurídicos privilegian y que pretenden proteger para otorgarles un rango superior frente a todas las demás normas.

Esta es una de las características propias de las constituciones como la colombiana en la que la cláusula de Estado social de derecho y la incorporación de un catálogo de amplio

de derechos humanos, implican la superación de la concepción clásica de Estado liberal de derecho, en la que este es mero cumplidor de la ley (principio de legalidad), para evolucionar a una forma en la que, además de reforzar el respeto de la legalidad de las actuaciones de las autoridades, tiene como objetivo fundamental cumplir ciertos fines sociales que materialicen los derechos de los ciudadanos (Ferrajoli, 2009: P.113).

Dicho en otros términos, un Estado constitucional –como el Estado social de Derecho– tiene como eje de acción a los derechos fundamentales, lo que genera un cambio en la lógica y concepción del Estado. Este pasa de ser una autoridad superior omnímoda sobre los ciudadanos, para convertirse en un conjunto de instituciones coordinadas e instituidas para servir y asegurar a las personas las condiciones materiales que les permitan una subsistencia digna.

El planteamiento de esta sola idea permite afirmar de entrada que si todas las acciones de las instituciones y las autoridades del Estado están encaminadas a cumplir los fines –sociales– esenciales del Estado, lo que incluye primordialmente a los derechos fundamentales, como consecuencia, las políticas públicas, entendidas como acciones de gobierno, también deben concurrir a este objetivo principal.

Sin embargo, esta legitimidad de los Estados, basada en el respeto a los derechos humanos, también encuentra serias restricciones que inciden, no solamente en el accionar del Estado y de sus instituciones, sino también en el cumplimiento de estos fines esenciales. Así por ejemplo, la escasez de los recursos económicos, la pugna por intereses políticos divergentes, las diferencias en concepciones ideológicas, los sistemas de administración de lo público, la desigualdad social, entre otros, son factores que hacen que el cumplimiento de los derechos humanos se vea seriamente limitado, y ponen en tela de juicio la eficacia de los derechos humanos. En el caso Colombiano, esta situación es más compleja debido a que existen circunstancias adicionales, como el prolongado conflicto armado y político interno, que hacen aún más difícil los esfuerzos por lograr la efectividad de los derechos.

Frente a este escenario, en Colombia se adoptó la Constitución Política de 1991 con un claro enfoque de *aspiracionismo social* (García, 2012) cuyo objetivo fundamental radicaba en materializar los objetivos de justicia social plasmados en el nuevo contrato social. No obstante, para cumplir con este fin se requiere que todas las instituciones y autoridades públicas realicen el máximo esfuerzo para procurar, no solo el respeto y garantía de los derechos de las personas, sino también unas condiciones materiales dignas de existencia que permitan cumplir con dichos derechos.

Sin embargo, es necesario precisar que la eficacia de los derechos humanos no necesariamente constituye el objetivo fundamental o la guía de acción de las entidades y órganos del Estado. De hecho, puede llegar a ser todo lo contrario. En muchos casos el Estado colombiano ha demostrado ser uno de los actores que incurre, ya sea por acción o

por omisión, en la vulneración de los derechos de los ciudadanos. Una muestra de esta situación son precisamente los problemas estructurales no resueltos por las autoridades, y que han dado origen a los ECIs que se estudian en este trabajo.

Algunos estudios muestran (García, 2001) que en Colombia existe una fuerte resistencia al cumplimiento y desarrollo progresivo de los derechos, en especial de los derechos sociales, lo que, en gran medida, se explica por la especial valoración que le han conferido usualmente los gobiernos a los asuntos de carácter macroeconómico. Razón por la que algunos autores (Chevallier, 2011), incluso, afirman que para los Estados contemporáneos el tema de los derechos humanos puede resultar siendo un obstáculo más que un fin.

En el caso Colombiano, como se acabó de mencionar, el Estado no se ha caracterizado precisamente por ser el protector de los derechos de los ciudadanos. Las ramas del poder público, en especial el legislativo y el ejecutivo, tienden a priorizar otros asuntos públicos diferentes al efectivo cumplimiento de los derechos humanos como objetivo o fin esencial. Adicionalmente, se ha evidenciado que frente a varios problemas públicos estructurales, salud, seguridad social, vivienda, desplazamiento forzado, etc.-, el gobierno y el congreso no han desarrollado las acciones necesarias e idóneas para enfrentar o dar solución a los mismos. Todo lo contrario, las decisiones y acciones adoptadas se han quedado cortas y muchas veces no han generado cambios significativos.

En ese escenario de déficit de respuesta institucional respecto al cumplimiento de los fines y objetivos que se propuso en la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha jugado un rol fundamental en el logro de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales.⁵⁸ El principal instrumento que ha utilizado el Tribunal constitucional para la materialización del discurso del Estado social de derecho ha sido la *acción de tutela*. Por vía de esta acción constitucional, se ha logrado proteger, garantizar e incluso desarrollar gran parte de los derechos de los ciudadanos colombianos. Por más de 20 años la acción de tutela ha permitido, entre muchas circunstancias, proteger derechos como la vida, la igualdad, la libertad (personal, de expresión, de culto, de pensamiento, entre otras), la salud, la seguridad social, la vivienda digna, la educación, así como la prestación de los servicios públicos como requerimientos mínimos para la subsistencia digna a las personas que los necesitan.

No obstante, la labor de la Corte, no ha sido suficiente, e incluso en algunos casos ha sido contradictoria. Adicionalmente, es necesario observar que gran parte de los problemas de protección y garantía de derechos humanos, generalmente están relacionados con problemas estructurales frente a los cuales la mayoría de las decisiones de la Corte no

⁵⁸ En este punto, es importante señalar que para los fines de este trabajo y por los límites del mismo, se resalta el aporte de la Corte Constitucional, sin desconocer otros aportes de otras entidades del Estado, por citar tan solo un ejemplo, es digno de ejemplo el trabajo de la Defensoría del Pueblo desde su creación en 1991.

son suficientes porque solamente se restringen a resolver la controversia en relación con las partes del litigio, razón por la que el espectro de protección también es limitado. Frente a esta situación, la Corte ha logrado que la garantía ofrecida en sus fallos se extienda a través de la ampliación de los efectos de los mismos⁵⁹, que en todo caso tampoco es suficiente, pues pese a las órdenes emitidas, el universo de afectados y las complejidades de las situaciones-problema, escapan a las previsiones.

En teoría, estas situaciones estructurales deberían ser conjuradas por el accionar conjunto y sistémico del aparato estatal a través de la formulación de mecanismos de solución con efectos generalizados. El instrumento que por definición responde a estas exigencias son las **políticas públicas**. Las políticas públicas constituyen aquel conjunto de intervenciones del Estado (planes, programas y proyectos), que buscan dar una solución a una problemática pública para tratar de reducirla a su mínima expresión (Salazar, 1999: P. 55)⁶⁰. Dichas políticas se materializan en acciones concretas de las entidades del Estado y de sus funcionarios, en las que se resuelven de forma efectiva y flexible necesidades de los ciudadanos, y de esta manera se garantizan sus derechos. No obstante, en Colombia las soluciones por vía de políticas públicas han sido deficientes y en muchos casos se han quedado en formulaciones generales y abstractas, que no se materializan en las mencionadas acciones concretas.

Por esta razón, algunos afirman (Landau, 2011) que en Colombia existe un déficit de protección y garantía de derechos a los ciudadanos por la ineficiencia de las autoridades públicas encargadas de formular políticas públicas, con especial mención en los gobiernos nacionales encargados de formular y dinamizar el proceso de las mismas. Consecuencia de esta situación, en muchos casos se ha generado una omisión en la formulación y materialización de las políticas públicas que respondan de manera efectiva a los problemas estructurales del país.

En lo que concierne a la teoría constitucional y del Estado –principal interés de este trabajo–, con base en las consideraciones precedentes se puede plantear una hipótesis

⁵⁹ Sobre la doctrina de los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional consultar a Sánchez (2005: P. 162).

⁶⁰ Sobre el concepto de política pública es importante señalar que no existe un consenso sobre su definición. Así para Roth (2010: P. 37) las políticas públicas existen siempre y cuando las instituciones estatales, gubernamentales o públicas (u oficiales) asuman total o parcialmente la tarea de alcanzar objetivos, estimados como deseables o necesarios, por medio de un proceso destinado a cambiar un estado de cosas percibido como problemático o insatisfactorio. Por su parte Vargas (2001: P. 85) afirma que la política pública es el conjunto de iniciativas, decisiones y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas. Por otra parte, Cuervo (2007: P. 79) sostiene que las políticas públicas son el flujo de decisiones en tono de un problema que ha sido considerado público y ha ingresado en la agenda del Estado. Y, según Lozano (2007: P. 112) las políticas públicas se entienden como el conjunto de directivas o agregaciones de mandatos que permiten orientar las acciones gubernamentales del funcionario estatal y de los grupos sociales que resultan afectados por el hacer u omitir del Estado, consignado en los mencionados mandatos.

preliminar: en el caso colombiano, tanto el poder ejecutivo como el legislativo, no han mostrado gran interés en el desarrollo del proyecto constitucional con el cual se busca garantizar y desarrollar los derechos fundamentales, razón por la que se ha incurrido en una omisión estructural en la formulación y materialización de varias de las políticas públicas que en la materia. En contraste, la Corte Constitucional ha mostrado mayor preocupación en el tema, lo que se explica por sus funciones constitucionales, lo que la ha llevado a ser, en la mayoría de los casos, la abanderada en la misión de garantizar, proteger y desarrollar los derechos fundamentales.

Siguiendo con la idea anterior, se puede decir que esta situación ha implicado su necesaria intervención en los ámbitos de desarrollo de las políticas públicas, debido a que éstas están intrínsecamente vinculadas con el desarrollo de dichos derechos. A partir de su creación –en la Constitución de 1991–, el Tribunal constitucional colombiano ha intentado suplir dichas falencias a través de los mecanismos de la acción de tutela y el control constitucional abstracto. En ese proceso, se ha valido de su *capital simbólico* como autoridad judicial para llenar los vacíos que han dejado tanto gobierno como congreso en el objetivo de materializar el discurso del Estado social de derecho.

Ahora bien, en el presente trabajo, particularmente se diserta sobre las implicaciones institucionales que se derivan de la utilización de ese *capital simbólico* a partir de la intervención de la Corte en las políticas públicas a través de las sentencias “estructurales” en los “*estados de cosas inconstitucionales*” (ECIs). Como se verá en los párrafos siguientes, en estos casos la Corte ha utilizado los ECIs como instrumentos para amoldar las políticas públicas y los comportamientos de ciertos actores institucionales, en especial el gobierno, a los estándares de goce efectivo de derechos que ella ha señalado –e instituido–.

Con base en el anterior planteamiento, la pretensión de este trabajo es analizar cómo afectan, institucionalmente, estas sentencias al Estado colombiano, para tratar de establecer si estamos ante una crisis del principio de separación de poderes, o ante una acción válida cuyo objetivo es la materialización (eficacia) del discurso del Estado social de derecho planteado en la Constitución de 1991.

Para cumplir con el objetivo propuesto, es necesario revisar las distintas posiciones que se han asumido respecto al problema teórico-institucional que implica la intervención de la Corte en el desarrollo de las políticas públicas. No obstante, por una suerte de lógica inductiva, primero se analizará cómo la protección de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela, que en principio es una función que está concebida para amparar situaciones concretas entre dos partes en disputa, ha rebasado su lógica ordinaria de la adjudicación *inter partes*, para poder ampliarse a niveles de *macroprotección* de derechos.

Una vez ubicados en el plano de la actividad de la Corte a niveles de *macroprotección* a través de la injerencia en problemas estructurales ligados al desarrollo e implementación de políticas públicas, se abordarán las distintas perspectivas de análisis teóricas que se han desarrollado en relación con la discusión sobre la intervención de la Corte en las políticas públicas. De esta manera, se describirán: en un **primer momento**, los planteamientos que defienden la intervención de la Corte, principalmente articulados a las tesis de la corriente teórica del activismo judicial; y **por otra parte**, se desarrollarán los discursos que critican la pertinencia o no de la intromisión de la Corte Constitucional en las políticas públicas, que plantean: (i) la existencia de una crisis en el principio institucional y de teoría constitucional de la separación de los poderes públicos (crítica político-jurídica), junto con aquella que resalta (ii) los inconvenientes de la injerencia por parte del Tribunal constitucional en campos que no son de su competencia, principalmente el de la economía (crítica económica).

2. La intervención de la Corte Constitucional en las Políticas Públicas

Para realizar el análisis, de forma preliminar, es necesario recordar que las teorías constitucionales responden en su mayoría, o son elaboradas, para comprender los contextos institucionales de las que provienen. En este sentido, el caso colombiano tiene sus propias particularidades que naturalmente escapan a los análisis tradicionalmente construidos para las democracias liberales más representativas. Por ejemplo, la teoría constitucional estadounidense se basa en un conjunto de supuestos sobre las instituciones políticas que no se cumplen en muchas democracias del mundo que sigue en desarrollo, como en el caso colombiano (Landau, 2011). Usualmente, se asume que en Colombia existe una “*cultura constitucional*” y que las instituciones políticas funcionan bien, pues tienen la capacidad y la legitimidad democrática para representar las demandas de los ciudadanos.

No obstante, el caso colombiano corresponde más fielmente a un escenario en el que el funcionamiento de las instituciones políticas es precario, y que a lo sumo está en un proceso de construcción, el cual aún no ha madurado. Si se tratara de evaluar con un rasero exigente el trabajo de los poderes públicos en Colombia, ni el ejecutivo ni el legislativo colombiano han cumplido efectiva y eficazmente sus obligaciones en el diseño de políticas de Estado o políticas públicas⁶¹, con lo que la materialización del discurso constitucional ha sido, en parte considerable, carta de papel⁶².

⁶¹ Landau (2011) sostiene que “(...) *el cuerpo legislativo nunca ha podido cumplir un papel constructivo en el diseño de políticas y los presidentes han dominado en el proceso de implementación de políticas.*”

⁶² Existen varios ejemplos del trabajo deficitario tanto del Congreso colombiano como del gobierno. Por citar algunos, se pueden mencionar: la ausencia de expedición del estatuto del trabajo consagrado en el artículo 53 de la Constitución, el estatuto de la oposición (art. 112 C.N.), o el precario desarrollo del modelo territorial regional (art. 286 C.N.).

En Colombia, la Corte Constitucional ha tenido que llenar algunos de los principales vacíos institucionales en materia de políticas públicas. En efecto, en varios de sus decisiones más relevantes ha sustituido al congreso (Landau, 2011, P. 15) y al gobierno para hacer cumplir los derechos fundamentales de los ciudadanos a través de la figura de las *omisiones legislativas* tanto propiamente legales como en materia de políticas públicas. Y, particularmente, en el campo de éstas últimas –principal interés de este trabajo–, la Corte ha tenido que suplir al gobierno en varias de las *fases del proceso de las políticas públicas*⁶³, influyendo no solo en la formulación e implementación de programas, sino también en la evaluación y monitoreo de su cumplimiento.

La intervención en el proceso de las políticas públicas ha sido fuertemente criticada por diferentes actores institucionales y no institucionales, por considerar que la Corte se ha excedido o extralimitado en sus competencias. Para algunos, nuestro Tribunal Constitucional ha sido invasivo de las esferas que son exclusivas del órgano representativo del pueblo, el congreso, y del gobierno como órgano técnico para la ejecución de los planes, programas y proyectos que desarrollan las políticas públicas. Dicha posición, generalmente defiende una visión institucional –si se quiere de teoría constitucional clásica–, en donde se deben respetar las funciones de cada entidad u órgano del Estado. Sin embargo, dicha posición también ha encontrado fuertes contradictores en actores (generalmente de organizaciones civiles) que defienden la labor de la Corte respecto de los graves vacíos y frente a la precariedad institucional en la defensa de los derechos de los ciudadanos.

Lo cierto es que la Corte ha tenido que asumir (para algunos, en un claro activismo judicial) funciones tanto normativas –de regulación– como técnicas, que muchas veces han sorprendido por su capacidad y efectividad a la hora de enfrentar los problemas que el desarrollo de las políticas públicas implica. Según el profesor Cesar Rodríguez (Rodríguez, 2009: P. 438), la intervención de la Corte en materia de políticas públicas, tiene una función fundamentalmente *práctica* o de *desbloqueo* (Rodríguez y Rodríguez, 2015: P. 89), en tanto busca que con la declaratoria de los ECIs, el Estado y sus órganos, reaccionen y se activen en el diseño, implementación, financiación y evaluación de las políticas públicas, frente a problemáticas que han originado la violación masiva de derechos de los ciudadanos. Es decir, la finalidad de esta figura jurídica es concreta: solucionar un problema público y no se limita a una mera denuncia pública abstracta.

Por ejemplo, en el tema del desplazamiento forzado (Rodríguez, 2009, P. 34), el tratamiento que el Estado ha dado a esta problemática pública, si bien estuvo marcado en un comienzo por la simple incorporación del tema en la agenda –pública– por parte del ejecutivo, a través del Conpes N° 95, y posteriormente por el Congreso con la Ley 387 de 1997, lo cierto es que solo la intervención de la Corte Constitucional ha sido determinante

⁶³ El proceso de la política pública o “*policy cycle*” propone una descomposición de la política pública en una serie de etapas o de secuencias lógicas que se pueden resumir básicamente en: (i) formulación o diseño, (ii) implementación y (iii) evaluación. Al respecto consultar Roth (2002).

para la efectividad del diseño, formulación, implementación, coordinación, y evaluación de la política pública en materia de desplazamiento forzado en Colombia.

Es decir, la Corte se ha erigido en un actor fundamental (*mediador*) en el desarrollo de la política pública de protección a la población desplazada. Pero ¿cómo puede la Corte lograr un impacto *práctico* –y *simbólico*– tan determinante? Para comprender más claramente la eficacia de la intervención de la Corte es necesario examinar la lógica de protección de derechos y el principal instrumento que ella utiliza: la acción de tutela. Adicionalmente, es necesario observar con detenimiento que esta acción constitucional ha trascendido su radio de acción para ampliar el ámbito de protección de los derechos fundamentales: ya no se trata de una herramienta para que un solo ciudadano, o un grupo de ellos, logre vindicar sus derechos. Ahora estamos en un escenario en el que este instrumento jurisdiccional también se utiliza para el amparo a gran escala de los derechos de grandes grupos poblacionales. En suma, hemos pasado de la *microprotección* de derechos, a la *macroprotección* de los mismos.

3. El proceso de adjudicación en los procesos de tutela: de la *microprotección inter partes* a la macroprotección a través de políticas públicas

La acción de tutela está instituida para proteger los derechos fundamentales en situaciones en las que, por regla general, se decide un conflicto entre dos partes, razón por la que los efectos del fallo igualmente son *inter partes*. Esta forma de protección que cobija un caso particular, y que usualmente corresponde a la solicitud de un solo individuo, o un grupo pequeño de ciudadanos, corresponde al nivel básico en el que los efectos de una decisión judicial constituyen la forma en la que el Estado protege los derechos de los ciudadanos caso a caso. Este nivel de protección lo denominaré de *microprotección* de derechos por parte del Estado.

Ahora bien, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una prolija doctrina respecto a la posibilidad de modular los efectos de sus decisiones según el remedio judicial que mejor se adecúe a la protección de los derechos fundamentales que se evidencien como vulnerados. Como lo expone Catalina Botero (Botero, 2006, P. 170) en algunos casos la Corte puede proferir sentencias cuyos efectos vinculan a personas que no actuaron como partes del proceso y en las que se ordena que la regla fijada se aplique a futuro a todos los casos similares (efectos *inter pares*); adicionalmente, algunas sentencias se profieren con efectos que cobijan a terceros que no hicieron parte del proceso pero que comparten idénticas circunstancias comunes con los demandantes de la tutela, efectos *inter comunis*. Y finalmente, la Corte ha señalado que existen las sentencias que declaran un *estado de cosas inconstitucional*, que corresponden a la existencia de problemas estructurales que constituyen una violación de un número plural y significativo de personas (Botero, 2006, P. 175).

En este último evento, se trata de casos en los que se deja de adoptar medidas parciales y singulares que se profieren usualmente en los fallos judiciales, para promover, a través

del principio de colaboración armónica entre los poderes públicos, que las diferentes entidades competentes solucionen, de manera mancomunada, las causas estructurales de la vulneración de los derechos fundamentales. Por estas razones los efectos del ECI cobijan a un grupo más amplio que el de las personas que presentaron el mecanismo de la tutela.

En estos casos, se ordena la adopción de políticas –públicas– o programas que cobijan grandes segmentos poblacionales, razón por la que se inscriben en un nivel de *macroprotección* de derechos. En efecto, por esencia, las políticas públicas constituyen formas –instrumentos– de protección generalizada de derechos mediante los cuales se busca impactar y reducir al máximo una problemática pública que no surge simplemente por una situación coyuntural sino que responden a circunstancias estructurales de la sociedad.

En suma, la protección de derechos de las personas en un Estado puede analizarse –de manera general– en dos niveles de acción. En un nivel de *microprotección*, que corresponde a la forma en la que los jueces deciden caso a caso la solución de una controversia para la protección de derechos de un ciudadano o un grupo de ellos. Por otra parte, a través de las políticas públicas, las cuales tienen vocación de protección hacia grandes grupos de ciudadanos, y que corresponden a la forma en la que el Estado, especialmente el legislador y el gobierno, buscan proteger los derechos de los ciudadanos, esto es a un nivel de *macroprotección*.

Como se puede notar, las políticas públicas son instrumentos valiosos para la prevención, la protección y la realización de los derechos humanos. Y, dentro de estos, los derechos económicos, sociales, y culturales adquieren un lugar primordial debido a su relación estrecha con esfuerzos económicos por parte del Estado (Uprimny, 2011). Sus efectos trascienden los del amparo por vía judicial porque exigen de forma general al Estado, y mediante acciones concretas de gobierno, el respecto, la protección y la satisfacción de los contenidos de los derechos humanos (Pérez, 2011, P.19).

De esta manera, se puede entender que las políticas públicas constituyen un complemento ideal de los esfuerzos que hacen los jueces por prevenir, proteger y realizar los derechos humanos. Pero además, es necesario tener en cuenta que los derechos humanos establecen límites normativos para la elaboración y aplicación de las políticas públicas en una democracia constitucional (Uprimny, 2011, P.18).

De hecho, en términos ideales, las políticas públicas constituyen la regla general en la protección de derechos por parte del Estado, pues al lograr su efectividad se contribuye a desincentivar el uso de los mecanismos judiciales, y por tanto, a descongestionar el aparato jurisdiccional. Un adecuado diseño e implementación que satisfacen los mínimos prestacionales de los derechos humanos, implica que la ciudadanía tendrá menor necesidad de acudir a los jueces para exigir el cumplimiento de sus derechos.

No obstante, como se pretende demostrar, en la relación entre los derechos y las políticas públicas existe un distanciamiento práctico entre la lógica de ejecución de aquellos y la de estas últimas. En el caso de las políticas públicas, estas tienden a ser diseñadas e implementadas al margen de las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado, teniendo un limitado impacto sobre el respeto, protección y garantía de los derechos sociales (Pérez, 2011, P. 19), pese al vínculo intrínseco que existe entre ambos, pues aquellas terminan siendo instrumentos de los Estado para avanzar en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Adicionalmente, en un Estado social de derecho el carácter normativo de los derechos humanos, impone que su respeto, protección y garantía sean el objetivo de las políticas públicas. Esto es, las políticas públicas desde un punto de vista deontológico, tienen como finalidad el cumplimiento efectivo de las obligaciones del Estado, que no resultan siendo otras que el cumplimiento de los derechos de los asociados, las cuales se ven traducidas en demandas sociales⁶⁴ ya sea por vía del aparato judicial o por los canales representativos que conllevan al desarrollo de las políticas públicas.

No obstante, el fenómeno del ECI constituye una particularidad en la que se entrelazan dos formas de protección de derechos por parte del Estado, que, en principio, a pesar de poder ser consideradas complementarias, igualmente se habían considerado diferentes, o con ámbitos de acción claramente diferenciados, en relación con la forma convencionales en la que se agenciaban –tramitaban– y originaban.

Para explicarlo mejor, en el caso de la *microprotección* de derechos a través de acciones de tutela, la situación usualmente se limitaba a resolver solicitudes particulares de ciudadanos. Sin embargo, en el caso de la declaratoria de los ECI, una situación social problemática se activa (o tiene un canal de entrada) desde el nivel de *microprotección* a través de acción de tutela, pero trasciende y se transforma en un problema que exige la adopción de medidas estructurales de *macroprotección* a través de políticas públicas, las cuales terminan, también, siendo desarrolladas a través de fallos de tutela, que no son su conducto regular u ordinario. El conducto ordinario de las políticas públicas está ligado al agenciamiento de demandas sociales ante el gobierno y el congreso, no ante los jueces a través de acciones de tutela.

Esta nueva ruta de posicionamiento de una demanda social a través del aparato judicial, disloca los mecanismos convencionales que institucionalmente se han establecido para solucionar un problema público. En la lógica liberal de la democracia representativa, la canalización de un problema público se agencia a través de los mecanismos institucionales que para el efecto se establecen: los grupos de presión, los partidos políticos, o los representantes de los ciudadanos, quienes exigen al gobierno y a las

⁶⁴ Desde un punto de vista historicista (Fioravanti, 1996: P. 34), los derechos humanos aparecen como la materialización de demandas y luchas sociales que la humanidad ha consolidado a través de su historia.

cámaras de representación popular que adopten las medidas de política pública o acción de gobierno tendientes a solucionar determinado problema.

En el caso del ECI, nos encontramos ante una ruta, si se quiere, *sui generis* o *extraordinaria*, para la exigencia de la solución de una problemática pública: en este caso, ante la inviabilidad de los canales institucionales ordinarios (gobierno-congreso), los ciudadanos recurren masivamente al aparato judicial para solicitar a los jueces como *ultima ratio* la protección de sus derechos fundamentales vulnerados ante el déficit de garantía de las demás poderes públicos; esta situación resulta desbordante para el aparato judicial, razón que origina la declaratoria de un ECI.

Esta vía de escape institucional para la solución de una problemática estructural genera nuevas formas de acción y coordinación entre las autoridades públicas, en este caso entre los jueces –la Corte constitucional–, y el gobierno, que es el encargado de ejecutar las medidas tendientes a resolver el problema correspondiente. Estas nuevas formas (o formas extraordinarias) de inter-acción institucional ponen en tela de juicio los presupuestos clásicos de la teoría del Estado y de la teoría constitucional bajo los cuales se valora hasta qué punto debe actuar cada una de las autoridades del Estado.

Para poder entender cómo opera esta nueva dinámica a partir de la intervención de la Corte constitucional en los ámbitos propios de las políticas públicas a través de los ECIs, a continuación se describirán las principales posiciones teóricas que discuten el tema.

4. La crítica por la intervención económica: El discurso económico es un campo vedado para los jueces

Una de las principales críticas a la Corte constitucional por su intervención en ámbitos de política pública a través de los ECIs radica en que usualmente ésta afecta las finanzas públicas. Esta posición plantea que la Corte no tiene la experticia técnica en el saber económico para adoptar decisiones que afectan intensamente el presupuesto estatal. Se ha llegado a argumentar, incluso, que la Corte no se limita a realizar un control constitucional sino que en la práctica ha pasado a decretar el gasto público, a ordenar apropiaciones presupuestales o a definir prioridades en la asignación de los recursos públicos diferentes a las señaladas por el congreso en los presupuestos anuales o en los planes de desarrollo, conllevando a una coadministración de la política presupuestal y fiscal del país (Restrepo, 2003: P. 169).

Bajo esta crítica, también se ha planteado que las decisiones judiciales conllevan a que el erario asuma cargas económicas que pueden llegar a ser insostenibles haciendo nugatorio el cumplimiento de los derechos sociales, y que algunas decisiones que resuelven casos concretos no observan las consecuencias macroeconómicas de sus implicaciones, por atender a una suerte de populismo judicial (Ibañez, 2003: P. 236).

Así, quienes adscriben este tipo de críticas, señalan que la Corte no tiene las competencias técnicas para valorar los ámbitos económicos, porque estas deben ser resueltas en el Congreso, quien tiene comisiones especializadas en asuntos económicos, y en el Gobierno quien es el orientador de los temas presupuestales y fiscales tanto a nivel nacional como territorial. Lo anterior, sin olvidar otras autoridades que tiene expresas competencias en materia de control a los asuntos económicos como el Banco de la República, la Contraloría General de la República o la Auditoría General de la República.

En síntesis, se argumenta que la Corte no tiene ninguna función o competencia económica, razón por la que debería abstenerse de tomar decisiones en dicho ámbito porque para ello están instituidas las correspondientes autoridades económicas (Ibañez, 2003: P. 239 y 249). Lo anterior, debido a que las decisiones del Tribunal constitucional pueden generar, un caos en la políticas económica, fiscal y monetaria que desarrolla el gobierno, pues las decisiones que se toman no son las adecuadas desde el punto de vista técnico (Kalmanovitz, 2002).

Frente a esta crítica también se han planteado respuestas sólidas para controvertirla. Particularmente, se ha señalado (Uprimny, 2003: Pp. 11) que este tipo de argumentos esconden una falacia. El hecho de que la Corte no sea una autoridad económica o que su especialidad no sea la economía no quiere decir que no pueda pronunciarse sobre aspectos vinculadas a esa disciplina. Sería tanto como decir que en los casos en los que se ven envueltos temas médicos la Corte tampoco debería inmiscuirse porque no tiene los conocimientos en las áreas de la ciencia médica para dar solución a un caso en el que corre riesgo la vida de una persona. Para esto, la Corte se apoya en diferentes fuentes, incluidas las de los expertos en otras disciplinas como la económica, para emitir sus juicios. Si bien la Corte debe ser cautelosa y rigurosa en el examen de temas relevantes como el económico, no es cierto que éste sea un campo vedado para ella, pues todos aquellos ámbitos que se relacionen con el control de constitucionalidad, ya sea por juicio de validez normativa (juicio de constitucionalidad) o por afectación de derechos fundamentales (juicio de tutela) está sujeto a pronunciamiento de la Corte.

No obstante, la crítica económica frecuentemente está acompañada de otra importante objeción de índole político-institucional. Y con esta última se hace referencia al planteamiento de la presunta extralimitación de las competencias de la Corte que vulnera el principio constitucional de la separación de los poderes públicos y conlleva en consecuencia a una suerte de “*gobierno de los jueces*”.⁶⁵

⁶⁵ Sobre la articulación de la crítica económica y la jurídico-institucional es clara la afirmación realizada por Clavijo (2001: P. 28) quien es uno de los expositores principales de la primera: “*no sólo por el respeto a la separación de poderes, sino porque es lo que le conviene al crecimiento de largo plazo del país, concluimos que deberían primar, como en los países desarrollados, los arreglos institucionales a través de los cuales las discrepancias en materia económica se dirimen, por excelencia, en el Congreso de la República.*”

5. La crítica jurídico-institucional contra el ECI: La crisis del principio de separación de poderes y el gobierno de los jueces

La fundamentación de esta crítica la conforman varios argumentos. En primer lugar, este discurso se basa en la denominada *crítica contra-mayoritaria*,⁶⁶ según la cual los Tribunales constitucionales cuentan con poca legitimidad democrática en sus decisiones, pues no son elegidos democráticamente –por voto popular– a diferencia de los órganos de representación política como el parlamento o incluso el presidente (en los regímenes presidencialistas). Los insumos actuales de esta crítica provienen de teorías como la del constitucionalismo popular (Kramer, 2011), según las cuales la supremacía judicial de los Tribunales como la Corte Constitucional, representan obstáculos, o desincentiva el desarrollo del constitucionalismo desde la ciudadanía, sin tener en cuenta además que debe ser el Congreso –como órgano representativo del pueblo– el que interpreta la opinión popular sobre la Constitución.

Ahora bien, sobre la intervención de la Corte en el campo de las políticas públicas, algunos autores (Duran, 2002) sostienen que esta no tiene sentido, puesto que la estructura del Estado, está diseñada de tal manera, que hace imposible que las decisiones de la Corte sean políticas públicas. Puntualmente, se aduce que las decisiones judiciales no se conviertan en realidad de forma automática, debido a que, por su naturaleza (deontológica) no se ejecutan por sí mismas, lo que implica que existe una diferencia categórica entre la ley, una sentencia y una política pública. Lo anterior por dos razones fundamentales: (i) por la diferencia de los órganos que las producen; y (ii) porque la naturaleza y las consecuencias de unas y otras no son semejantes.

Para explicar estas dos ideas, se señala (Duran, 2002) que el órgano encargado de realizar una política pública, debe desarrollar al menos tres fases: diseño (o producción), implementación y finalmente su evaluación. Sólo el ejecutivo, es decir el gobierno, es quien administra el Estado y puede desarrollar estas etapas, puesto que es el que detenta la experticia técnica en temas como la planificación, y además es quien apropia los recursos económicos necesarios para adelantar la ejecución de las políticas públicas. Por su parte, la Corte no cuenta con los instrumentos técnicos y económicos sino que plantea meros derroteros deontológicos en el marco de la resolución de controversias jurídicas. Así, pretender mezclar el accionar de la Corte en el campo de las políticas públicas implica confundir la visión jurídica de la sociedad defendida por la Corte (garantista de los preceptos constitucionales por encima de cualquier otra consideración), con una visión gerencial de la misma, que solo puede ser desarrollada por el órgano ejecutivo del poder público. Si se quiere, equivale a confundir el “*deber ser*” y el “*ser*”, que está en la base de las discusiones entre abogados y economistas.

⁶⁶ La crítica contramayoritaria en relación con la “*revisión judicial*”, fue expuesta por Bickel (1986), quien señaló que el riesgo de este control judicial a las decisiones de los órganos de representación democrática, radica en que la posición de los jueces puede oponerse a la voluntad de los representantes del pueblo. Al respecto, Bickel (1986) y Gargarella (2005).

En suma, para esta perspectiva, una política pública conlleva una combinación de saberes interdisciplinarios para el gerenciamiento del Estado, los cuales no pueden ser desarrollados por los jueces, que entre otras cosas no son elegidos popularmente y, por tanto, tampoco están facultados para determinar qué problemas son los prioritarios para la sociedad. De esta manera, son los gobernantes los que deciden qué y cuándo algo se convierte en un problema en la agenda pública, y por tanto, en política pública.

No obstante, en el caso colombiano la Corte ha intervenido en varias de las etapas de la política pública. En ciertos casos ha intervenido en la etapa de producción o diseño⁶⁷, y en otros casos en la de monitoreo y evaluación de la políticas públicas⁶⁸. Pese a ello, esta crítica resulta cierta en gran parte, pues a pesar de las decisiones que pueda tomar la Corte, sus esfuerzos resultarían vanos o insuficientes sin las acciones del órgano ejecutivo y del órgano legislativo para poder ser Estado y sobre todo Estado en acción (Roth-Deubel, 2002).

Ahora bien, desde el punto de vista teórico, para determinar cuál es la afectación que se le reprocha a la Corte al principio de separación de poderes, es necesario entender la evolución histórica y conceptual de este principio en la teoría constitucional.⁶⁹ Dicho

⁶⁷ Por ejemplo al ordenar la creación de programas y proyectos específicos: un caso paradigmático es el Auto 092 de 2008 en el que la Corte ordenó la creación de 13 programas específicos para la atención a las mujeres, jóvenes y niñas en situación de desplazamiento.

⁶⁸ Este es el caso de la mayoría de los Autos de seguimiento que ha proferido la Corte constitucional en el estados de cosas inconstitucional declarado en materia de desplazamiento y en la sentencia T-760 de 2008 de salud.

⁶⁹ El principio de separación de poderes presupone, desde la concepción moderna, que el poder, pertenece a toda la comunidad, organizada en la forma del Estado. En consecuencia es necesario establecer los mecanismos para canalizar el ejercicio del poder que se han institucionalizado, con el objetivo de garantizar el orden social (Rodríguez, 2009, P.3). Esta idea de delimitar, controlar, frenar y dividir el poder, es tan antigua como la idea de la organización política. En Grecia, Aristóteles ya había señalado las buenas y malas formas de gobierno, así como también había descrito la separación de poderes de las *Polis* griegas. Posteriormente, solo hasta la modernidad y especialmente en el siglo de las luces (siglo XVIII), con las revoluciones burguesas liberales (Inglaterra, Francia y EEUU), nuevamente surgirá la discusión de los límites y división de poder de los monarcas absolutistas, lo que consecuentemente llevaría al nacimiento del Estado moderno y en el caso jurídico al origen del Estado de Derecho. En un primer momento histórico, la idea de la separación de poderes se puede ubicar en la modernidad, más precisamente para el liberalismo clásico (Locke y Montesquieu), en donde tuvo dos protagonistas o promotores: de una parte, John Locke, sería el filósofo de la revolución gloriosa de 1688 (en el caso inglés, el principio de separación de los poderes se consagraría en el "*Bill of Rights*" de 1689), en la cual estaría el origen moderno del principio de separación de poderes; de otra parte, Montesquieu, en el caso del movimiento ilustrador del enciclopedismo francés, sería el baluarte de la teoría de la separación tripartita de poderes, que posteriormente fundamentaría la estructura del nuevo Estado moderno resultante de la revolución francesa de 1789. En el caso de Montesquieu, trataba de plantear una forma mejorada de gobierno, que superara a la "*monarquía constitucional*" inglesa, más que inventarse de la nada una doctrina de separación de poderes. La razón ontológica del Estado de Derecho es la limitación del poder del mismo a través de la ley. En consecuencia la separación de poderes es manifestación de esta limitación del poder, que se consagra en las constituciones de los Estados de derecho. Como bien se sabe, Locke planteó en su obra "*el segundo tratado sobre el*

gobierno civil” que el origen del poder es contractual, es decir, resultado de consentimiento de los hombres libres que aceptan la “*regla de mayorías*” para vivir en sociedad. De manera que para proteger la libertad y la propiedad de los hombres libres, es necesario asociarse en un Estado, que a su vez debe ser limitado en su poder político, en tres funciones esenciales: la normativa, la judicial y la coactiva. En esta división, para Locke, el poder fundamental era el legislativo, ya que es el que ordena la actuación tanto del mismo Estado, como de los ciudadanos. No obstante debía ser claramente separado del poder ejecutivo. Locke parte del “*pesimismo antropológico*” que lo lleva a plantear que: “(...) *debido a la fragilidad de los hombres (los cuales tienden a acumular poder), éstos podrían ser tentados a tener en sus manos el poder de hacer leyes y el de ejecutarlas para así eximirse de obedecer las leyes que ellos mismos hacen*” (Locke, 1990, P. 150). Para el autor inglés, es necesaria la separación de las dos funciones, en órganos distintos, dado que los legisladores podrían caer en la tentación de crear ventajas para ellos mismos, y podrían materializarlas si fueran ejecutores de las leyes. Sin embargo, en la perspectiva Lockeano no se delinea la existencia de un poder judicial, puesto que esta función está incluida dentro de la organización del poder legislativo, pues este poder debe ir acompañado de la administración de justicia que decida cuales son los derechos de los súbditos, guiándose por la ley. El tercer poder público planteado por Locke es el denominado “*federativo*”, el cual se encarga de velar por la seguridad del Estado frente a posibles ataques externos, tales como las guerras. Este poder, para Locke, recae en el mismo órgano que detente el poder ejecutivo, dado que ambos velan por la seguridad solo que el ejecutivo lo hace en relación a la seguridad interna, mientras que el federativo, lo hace hacia el exterior (Ibañez, 2006, P. 48). En conclusión, Locke realiza dos aportes fundamentales a la teoría política desde el liberalismo clásico: en primer lugar, señala la imposibilidad de la concentración absoluta del poder del Estado; y en segundo lugar, descubre de las tensiones entre los poderes legislativo y ejecutivo, que en determinado momento podrían anularse el uno al otro o aliarse perjudicialmente. Los insumos teóricos de Locke serían posteriormente retomados por otros pensadores. De esta manera, Montesquieu revisaría el trabajo de Locke y compartiría su pesimismo antropológico. Señaló que el hombre que tiene poder en algún momento se siente tentado a abusar de él, de tal manera que es necesario dividirlo para impedir que su ejercicio se torne arbitrario (Montesquieu, 1990, P. 105). En consecuencia se consideraba que cada poder debía cumplir una exigencia concreta: Al poder legislativo hacer las leyes, al poder ejecutivo ejecutar las leyes, y al poder judicial juzgar el cumplimiento o no de las leyes. El argumento de Locke partía, como no podía ser de otra manera para los pensadores europeos del siglo de las luces, del valor fundamental de la libertad, que debía ser asegurado. No obstante para Montesquieu: “*La libertad política no consiste en hacer lo que uno quiere (...). La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que si un ciudadano pudiese hacer lo que las leyes prohíben ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esta facultad*” (Montesquieu, 1990, P. 105). Para garantizar la libertad, se debe distribuir el poder el cual debe estar sujeto a la ley para que no atente contra la misma libertad, ni se sustraiga de los límites que la ley misma establece, es decir: “*para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder*” (Ibañez, 2006, P. 67). Este argumento llevaría a concluir a Montesquieu que para obtener la libertad política, debía establecerse el principio de la tripartición funcional de los poderes del Estado, el cual definiría de la siguiente manera: “*Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo y para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o revive embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a éste poder judicial [Es importante observar que en la de Montesquieu, el juez es simplemente *la voz de la ley*. Esta perspectiva variará profundamente con la evolución contemporánea del Estado de Derecho, al punto de señalar la existencia, en algunos casos, de un “*gobierno de los jueces*”, y al otro, simplemente, *poder ejecutivo del Estado*” (Montesquieu, 1990, P. 151). La consolidación de los postulados de Montesquieu en el Estado de Derecho, moderno quedaría marcado en la revolución Francesa, que en la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano (Artículo 16), sentenció que una sociedad sin separación de poderes, debía considerarse como desprovista de*

principio, propio de toda democracia constitucional, va ligado a otro, el de colaboración armónica entre los poderes públicos, que adicionalmente está relacionado con el sistema de diseño institucional de pesos y contrapesos. Una afectación del primero, implica una vulneración del segundo y el tercero. Con esta idea preliminar, veamos lo sustancial de la crítica institucional.

La crítica del *gobierno de los jueces* se fundamenta en la preocupación por el amplio margen interpretativo que pueden tener los jueces en relación con las normas que aplican. Debido a que la actividad hermenéutica implica en muchos casos, no una mera aplicación del silogismo judicial, sino la fijación del sentido de algunas normas, que pueden ser vagas, indeterminadas, o de textura abierta (Hart, 1998), se corre el riesgo de que el producto de esa interpretación no corresponda con el criterio del órgano representativo y democrático que creó la norma (congreso, parlamento o asamblea), sino que refleje el juicio político o moral del juez o el tribunal que adjudica derecho. Bajo esta perspectiva, el juez crea derecho en tanto la interpretación en realidad consiste en la potestad de producir una norma, pues la decisión judicial constituye una norma jurídica individual (Kelsen, 1977).

No obstante, algunos autores (Guarnieri y Pederzoli, 1999) han sostenido que el cambio entre la concepción clásica del papel del juez como mero aplicador de la ley, a su actual importancia social y política, se explica por la expansión del sistema jurídico en la

Constitución (Jellinek, 2003, P. 123). No obstante, los planteamientos de Montesquieu establecerán otros dos postulados adicionales que serán clave para la arquitectura constitucional de los Estados modernos y contemporáneos: (i) el sistema de frenos y contrapesos, y (ii) el principio de colaboración armónica entre los poderes públicos. En efecto, se empezará a plantear la necesidad de limitar al poder con el mismo poder, por ejemplo a través del poder de veto del ejecutivo. Así mismo, se creará un sistema de coordinación y de equilibrio orgánico, de frenos y contrapesos, para evitar el abuso de poder, por medio de un sistema en que el poder frene al poder. En términos de Montesquieu: *“He aquí, pues, la constitución fundamental del gobierno al que nos referimos: el cuerpo legislativo está compuesto de dos partes, cada una de las cuales tendrá sujeta a la otra por su mutua facultad de impedir, y ambas estarán frenadas por el poder ejecutivo que lo estará a su vez por el legislativo”* (Montesquieu, 1990, P. 157). Así mismo, se señalará la necesidad de la colaboración armónica entre los poderes públicos. De la concepción tripartita del poder, y su división en órganos o ramas, surgirá la idea de que dicha separación no era absoluta, como algunos habían interpretado inicialmente a Montesquieu, sino que como el mismo lo expresaba, las partes del poder debían relacionarse y colaborar para lograr el interés común del Estado: *“los tres poderes permanecerían así en reposo o inacción, pero como por el movimiento necesario de las cosas, están obligados a moverse, se verán forzados a hacerlo de común acuerdo”* (Montesquieu, 1990, P. 157). Ahora bien, en los Estados constitucionales contemporáneos, la doctrina de la separación de poderes ha evolucionado. De una visión de los órganos del poder público separados y con funciones bien delineadas, se ha pasado a una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos, en la cual el uno y otro poder interactúan con el objeto de lograr los fines esenciales del Estado. Esta última situación es la que se presenta en el caso de la invasión de espacios de decisión por el juez constitucional al legislativo y al ejecutivo.

regulación de ámbitos más específicos de las relaciones sociales.⁷⁰ Esto quiere decir que también existe un cambio en el planteamiento de la función que cumple el derecho en la sociedad.

En efecto, la ley ya no solamente se utiliza para disciplinar los comportamientos de los individuos, sino que sirve para guiar el desarrollo social, político y económico de una sociedad. Es decir, el derecho ahora puede actuar como medio activo de cambio social y de gestión de las políticas públicas, papel en el cual juegan un rol fundamental los jueces. Como consecuencia, el juez en la actualidad no juzga únicamente sobre situaciones del pasado, sino que además debe tener en cuenta las posibles alternativas, las consecuencias respectivas, y debe evaluar y tomar una decisión con miras a cumplir el objetivo de algunas normas y fines, o el respeto y garantía de un determinado derecho.

Este proceso en el cual la justicia asume un papel creciente en los sistemas democráticos constitucionales, y que también ha sido denominado “*judicialización de la política*” responde a la diversificación de los métodos de decisión judicial. No obstante, algunos consideran que existe un excesivo margen de discrecionalidad que va más allá de la justicia propiamente dicha, y que no contrasta con los valores democráticos (Guarnieri y Pederzoli, 1999: P. 25 y 181).

En el caso colombiano, según los críticos, la Corte constitucional funge como un gobernante constitucional a través del poder interpretativo constitucional, lo que ha llevado a plantear que nos encontramos ante un “*gobierno de los jueces*” (Molina, 2003, P. 80). No obstante, los defensores de este planteamiento también reconocen que la Corte ha revelado las deficiencias institucionales del Estado, tanto en el poder legislativo como en el ejecutivo, y que, curiosamente, en el caso colombiano se ha cumplido el principio según el cual todo vacío institucional debe ser llenado por la misma institucionalidad.

Como señalan Guarnieri y Pederzoli (1999), gran parte de la explicación sobre la relación entre la labor de los jueces y la amplificación de su espectro de acción está ligada a las características del sistema político en el que su actividad se desarrolla. De manera que no es nada sorprendente que el Tribunal constitucional colombiano hubiere encontrado vía libre para ampliar su radio de actuación al evidenciar fallas en el sistema político por la precariedad en el cumplimiento de las funciones de otras autoridades pública, especialmente el legislador y el gobierno.

En el caso Colombiano, la Constitución de 1991 (artículo 113 de la Carta) señala que las ramas del poder público del Estado, “*tienen funciones separadas*” (principio de separación de poderes), “*pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado*”

⁷⁰ Guarnieri y Pederzoli (1999) explican que este fenómeno se produjo en la Europa continental por la expansión del *welfare-state* o Estado de Bienestar que a diferencia del Estado liberal clásico empezó a intervenir en espacios que antes se dejaban a control del ámbito privado y del mercado.

(principio de colaboración armónica). Pese a que las ramas del poder público tienen asignadas competencias precisas en virtud de la función que a cada una originalmente le corresponde (legislar, ejecutar, juzgar), el cumplimiento de dichas funciones no se torna exclusivo ni excluyente, pues permite que las demás ramas participen en su realización, colaborando de forma armónica en el ejercicio del poder público.⁷¹ Entonces, ¿qué sucede en el caso colombiano con la figura del ECI, ¿la Corte se ha extralimitado y ha invadido/usurpado competencias que no le corresponden?

La evolución del papel del juez constitucional muestra como las fronteras entre jurisdicción, legislación y administración tienden a borrarse (Guarnieri y Pederzoli, 1999: P. 21). El juez constitucional no actúa solamente como legislador negativo, sino que los ámbitos de discrecionalidad y el impacto que generan sus decisiones permiten que en cierta medida participe en la formulación de ámbitos que convencionalmente no le eran permitidos, como las políticas públicas.

En este contexto, el principio del liberalismo clásico de la separación de poderes sufre una erosión importante. Pese a que sigue conservando su carácter normativo y central en el entramado institucional constitucional, lo cierto es que ya no describe fielmente el papel que juega el Tribunal constitucional en relación con los demás poderes públicos.

6. La otra cara de la moneda: la Corte como actor en el desarrollo de las Políticas Públicas en la perspectiva del activismo judicial

Por otra parte, algunos autores (Rodríguez y Rodríguez, 2015) sostienen que la Corte constitucional efectivamente interviene en el desarrollo de las políticas públicas, y esta intervención se explica y justifica por la defensa de los valores esenciales del Estado social de derecho a partir de una posición de activismo judicial. Esto implica que la injerencia de la Corte no se debe limitar exclusivamente a ciertas etapas del proceso de la política pública, sino que sencillamente llega hasta el punto que sea necesario para garantizar efectivamente la realización de los derechos de las personas que se ven afectadas por problemas estructurales, como en el caso de los ECI.

En esta perspectiva, el activismo de la Corte se amplía o se restringe según el problema estructural sea resuelto –o no– por parte de las autoridades que tienen la obligación de atenderlo. La actuación de la Corte se justifica en tanto busca materializar el proyecto del Estado social de derecho, para lo cual antepone los valores de dicho modelo jurídico-político a otro tipo de objeciones, especialmente de tipo instrumental (como la económica) provenientes particularmente de sectores como el gobierno y el económico privado, para quienes la prioridad del Estado se circunscribe a la viabilidad macroeconómica (García y Uprimny, Rodrigo, 2002).

⁷¹ Op. Cit. Rodríguez, P. 5. El autor plantea una diferenciación entre: “*colaboración simple*”, cuando se contribuye al ejercicio de una función propia, y “*colaboración plena*”, cuando las funciones propias son ejercidas por otra rama del poder

Para algunos autores como García (2007) este activismo judicial se explica por la ola de transiciones democráticas de fines de los años 80, y en el caso colombiano del modelo constitucional *aspiracional* implantado en la Constitución de 1991, con el que se buscó materializar los objetivos de lograr una sociedad más justa, y en la cual el Estado esté al servicio del ciudadano y se dirija a satisfacer y garantizar sus derechos.

Pero, ¿por qué surge una forma de activismo progresista⁷² por parte de la Corte constitucional colombiana? Dentro de los aspectos que han permitido que la Corte adopte un rol activo en el desarrollo del proyecto constitucional colombiano se pueden destacar los siguientes⁷³:

(i) El nuevo diseño institucional de la justicia constitucional que adoptó la Constitución de 1991 implicó, no solo que la Corte retomara el trabajo anterior que venía realizando la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia lo que le dio una relativa legitimidad a sus actuaciones y evitó conflictos con otras ramas del poder público y las fuerzas políticas, sino también conllevó a que los diseños procesales de las acciones públicas (de constitucionalidad y tutela) permitieron el acceso a la justicia constitucional de forma fácil y poco costosa, concediendo además un enorme poder jurídico (*capital simbólico*) a la Corte.

(ii) El protagonismo de los jueces frente a la crisis de representación política y la debilidad de los movimientos sociales y de oposición fue igualmente fundamental, puesto que en un contexto de violencia armada como el que ha enfrentado Colombia, la actuación eficaz de la Corte ha legitimado su labor; y

(iii) Las características del proceso constituyente de 1991 y las dinámicas políticas posteriores han originado una fuerte tensión entre el contenido social de muchas cláusulas de la Constitución y las estrategias desarrolladas por los gobiernos con posterioridad a la Constitución, en dicha lucha, la Corte ha optado por privilegiar el desarrollo del primero sobre los intereses de estos últimos.

Adicionalmente, el desarrollo del proyecto constitucional colombiano ha debido enfrentar serias restricciones frente a la nueva concepción de los fines sociales del Estado. Así a pesar de contar con una prolija carta de derechos y mandatos sociales, la evidencia muestra un déficit de protección de derechos por parte de las principales autoridades del Estado, en particular del legislativo y el ejecutivo. Frente a esta situación, la Corte Constitucional ha debido impulsar la realización de cambios institucionales y de acciones concretas y estructurales para lograr el cabal cumplimiento del proyecto constitucional.

⁷² Como señalan Saffon y García (2011) es importante diferenciar el activismo judicial del progresismo, puesto que el primero no equivale al segundo. De hecho el activismo puede ser conservador. Sobre el tema consultar Uprimny (2006).

⁷³ Al respecto, Uprimny y García, 2004: P. 15

Por esta razón, la intervención de la Corte ha sido especialmente intensa en relación con la protección de los derechos sociales, aspecto que ha sido característico del activismo de la Corte, y dentro del cual se localiza el desarrollo e intervención en el ámbito de las políticas públicas y la solución de problemas estructurales que han dado origen a los ECIs.

Como ha quedado evidenciado en los párrafos anteriores, en los que se mostraron las diferentes críticas al activismo de la Corte constitucional colombiana, su intervención en ámbitos de política pública ha propiciado fuertes polémicas tanto en lo académico como en lo político. Dentro de los defensores del activismo judicial se destacan algunos sectores académicos, organizaciones y movimientos sociales, y también algunos actores políticos y de la rama judicial. Esta intervención de la Corte a través del activismo judicial se corresponde con una concepción particular del Estado, de la Constitución política, y del papel de los jueces en el desarrollo del proyecto constitucional.

En efecto, el activismo judicial progresista –social– se ha identificado con una visión según la cual las constituciones del periodo de la posguerra⁷⁴ –y de las cuales la colombiana tiene múltiples referencias– buscan generar transformaciones en contextos políticos y sociales, para garantizar el progreso social y la estabilidad institucional. Por ello, estas constituciones que contiene metas *aspiracionales* (García, 2012) muchas veces no se corresponden con la realidad social porque precisamente establecen un punto de referencia normativista hacia el cual pretenden llegar. Por esta razón los mandatos constitucionales, pero en particular los relativos al cumplimiento de los derechos sociales tienen un rol fundamental.

El rol de los jueces, y en particular de la Corte constitucional es esencial, porque son ellos los principales agentes en el cumplimiento de la obligación constitucional de proteger los derechos, y quienes usualmente obligan al parlamento y al ejecutivo a hacerlo también. Como consecuencia de esta situación, es común que surjan conflictos interinstitucionales entre los jueces constitucionales y los órganos políticos (Saffon y García, 2011: P. 80).

Además de lo señalado, es necesario resaltar que el carácter progresista de la Corte Constitucional en sus primeros años se explica como resultado de las propias dinámicas del proceso constituyente de 1991. En efecto, la necesidad de implementar una nueva justicia constitucional, la necesidad de cumplir con una agenda –de derecho– social, y la

⁷⁴ Como señalan Saffon y García (2011: P. 78), se pueden diferenciar dos tradiciones de derecho constitucional con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial: la primera, la del Estado de derecho clásico o *rule of law*, *Etat du droit* francés o *rechstaat* alemán; y la segunda, la del Estado social de derecho, que se adoptó en Alemania en 1948, en España en 1978, y dentro de las cuales se alinearía la Constitución colombiana de 1991. El rasgo de estas últimas consistiría en la separación de los derechos y de la legislación, debido a que la defensa y protección de los derechos no depende exclusivamente de las leyes expedidas por el Congreso, sino de la aplicación judicial de la Constitución (Zagrebelski, 1992: P. 57, citado por Saffon y García 2011)

crisis de representación y la debilidad de los movimientos sociales durante la expedición de una nueva constitución, favorecieron el desarrollo del carácter progresista de la Corte.

El diagnóstico previo a la expedición de la nueva Carta constitucional sugería que las dinámicas de exclusión social, la falta de participación y la debilidad en la protección de los derechos humanos eran los factores básicos de la crisis colombiana (Uprimny y García, 2004: P. 18). Esta misma razón permitió que la integración de la Asamblea constituyente tuviera una conformación más pluralista,⁷⁵ lo que favoreció la incorporación de una amplia carta de derechos, que no solo recogía los derechos civiles y políticos, sino que confería fuerza normativa a los derechos económicos, sociales y culturales, así como a los colectivos, aspecto que ha servido para legitimar y posicionar la labor de la Corte. En este sentido, la nueva Constitución se distinguía de su antecesora por el especial rol que le otorgó a los jueces, en especial a través del mecanismo de la tutela judicial, como principal instrumento para hacer efectivo el nuevo catálogo de derechos.

Pero esta misma situación de pluralismo generó la incorporación de un modelo económico que no se correspondía precisamente con los nuevos fines sociales del Estado. Así, mientras la Constitución exigía más Estado y una intervención más activa de las autoridades, también se ponía en marcha un proyecto de economía de mercado que exigía –contradictoriamente– la reducción de la intervención del Estado. Así, pese a la implementación del modelo neoliberal o neo-regulador, impulsado principalmente por el gobierno y por las autoridades gubernamentales internacionales, la Corte constitucional se trazó como meta desarrollar el contenido progresista de la Constitución (Uprimny y García, 2004: P. 19), lo que se evidencia desde sus primeras sentencias, en las que redefinió el papel de los jueces⁷⁶, y de ella misma, en el desarrollo de los derechos fundamentales.

CONCLUSIÓN

Como se ha mostrado, la Corte es un actor que participa en el desarrollo de algunas políticas públicas. Si bien es cierto que no es usual que los jueces participen en el proceso de las políticas públicas, es una situación real que sucede y que responde a las particularidades del diseño institucional y a las problemáticas que nuestro Tribunal constitucional ha debido enfrentar en el caso colombiano. No obstante, se ha mostrado que la Corte de no puede realizar y desarrollar todo el ciclo de una política pública, puesto que el único que tiene la capacidad técnica, los recursos económicos y además la competencia para tal fin es el gobierno nacional. Ningún juez podría efectuar las acciones

⁷⁵ La crisis de representación política del proceso constituyente de la época era evidente, pues su integración se caracterizó por una apertura a otros partidos diferentes a los tradicionales. Por ejemplo, la AD-M19, recibió 27% de votos para la Constituyente, por su parte, el Movimiento de Salvación Nacional, una disidencia del partido conservador, obtuvo 15% de los votos en esa oportunidad.

⁷⁶ Sobre esta situación es impajaritable la lectura de la sentencia T-406 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón)

de ejecución, y de movilización y ordenación de gastos que requiere llevar a cabo el desarrollo de una política pública (Robertson, 1998).

De esta manera, lo que ha generado la declaratoria de ECIs es que la Corte, en algunos casos, tome decisiones generales, en otras ordene la realización de acciones concretas como el desarrollo de programas, y además realice monitoreo a la implementación de algunas de sus órdenes reflejadas en políticas públicas; todo ello sin ser un órgano de ejecución. Independientemente de si es o no pertinente su intervención, lo cierto es que efectivamente participa en el proceso de política⁷⁷.

La Corte ha planteado que su actuación se fundamenta en la propia Constitución, puesto que en ella se prescribe el deber de colaboración armónica entre los diferentes órganos del poder público. De esta manera, ha sostenido que con sus actuaciones no se cooptan las competencias de las demás ramas del poder público, sino que participa en el desarrollo de las funciones del Estado. Para defender su posición, la Corte ha sostenido que se limita a establecer los lineamientos que deben ser complementados por las demás autoridades públicas competentes. Así por ejemplo, en el caso del ECI por la problemática del desplazamiento forzado, la Corte explicó:

“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 Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan 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.”⁷⁸

Bajo esta óptica, la Corte tampoco desconoce la especificidad técnica de ámbitos como el de las políticas públicas o la economía. Lo que sucede en realidad es que la Corte realiza su interpretación de cómo se deben desarrollar estos ámbitos respecto de los contenidos

⁷⁷ Esta situación ha sido incluso, aceptada por el mismo Tribunal constitucional, como por ejemplo en el caso del ECI por desplazamiento forzado: *“Por lo tanto, la Corte al analizar las políticas públicas de atención a la población desplazada, determinará si el Estado, a través de acciones u omisiones en el diseño, la implementación, el seguimiento o la evaluación de éstas, ha contribuido de una manera constitucionalmente significativa al desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas en condición de desplazamiento. La Sala se fundamentará en (i) varios de los documentos de análisis y evaluación de la política de atención a la población desplazada y de sus distintos programas, aportados a este proceso por entidades gubernamentales, organizaciones de derechos humanos y organismos internacionales, y (ii) las respuestas al cuestionario formulado (...).”* Cfr. Corte Constitucional, T-025 de 2004, P. 62.

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia T-025, P. 81

de la Constitución que ella considera esenciales. Así, pese a que pueda existir una diferencia teórica –e incluso ideológica– entre una u otra forma de entender cómo la Corte interviene en los ámbitos que no son convencionalmente de su competencia, lo cierto es que no existe ninguna extralimitación de sus funciones porque simplemente está desarrollando los mandatos que la propia Constitución le impone.

TERCERA PARTE:

***El campo en disputa, el ECI:
quién dice qué son las políticas
públicas.***

INTRODUCCIÓN

La tercera parte de este trabajo se centra en una propuesta analítica con enfoque crítico que busca entender la dinámica que genera la intervención de la Corte a través del ECI en las políticas públicas. Dicho enfoque crítico –de *teoría crítica*– se base en tres marcos de análisis: en primer lugar, la teoría del campo, en este caso del campo jurídico, que elaboró el sociólogo francés Pierre Bourdieu. En segundo lugar, el *análisis crítico del discurso*, cuyos estudios son propios de la lingüística pero que ha dado paso a un prolijo desarrollo en diferentes ciencias humanas y sociales como la Historia, la sociología, la ciencia política, y muy germinalmente el derecho⁷⁹. Finalmente, en el ámbito del análisis de las políticas pública se tomará como punto de partida la teoría del *referencial* de las políticas públicas de Pierre Muller (2006).

Lo que se pretende demostrar en esta última parte del trabajo es que la construcción discursiva del concepto *referencial* de “*estado de cosas inconstitucional*” –ECI– fue desarrollado por la Corte Constitucional para intervenir en el ámbito de ciertas políticas públicas, con el fin de solucionar problemas estructurales de la sociedad colombiana. Dicho *referente* corresponde a un discurso en particular que tiene como objetivo fundamental la realización del proyecto constitucional del Estado social de derecho.

La imposición de esta perspectiva particular por parte de la Corte ha generado tensiones con otros discursos y enfoques diferentes sobre el papel del Estado y las instituciones, produciendo importantes consecuencias en la realidad social colombiana, y, en particular, llevando a la crisis del principio de separación de los poderes públicos. El análisis muestra que en la actualidad, el principio de separación de poderes no puede ser entendido como un esquema de distribución de funciones a órganos separados (concepción liberal clásica), pues en el escenario contemporáneo su aplicación está mediado por el cumplimiento de la colaboración armónica que existe entre dichos poderes públicos.

Finalmente, este capítulo cierra la discusión señalando, a modo de conclusión, las principales virtudes y los riesgos que se encuentran a partir de la utilización de la fórmula del ECI por parte del Tribunal constitucional.

1. La problemática del campo del ECI: Los discursos de la Constitución

Quisiera empezar por señalar un aspecto que explica las divergencias que surgen en torno a la interpretación de un mismo problema en un sistema jurídico como el colombiano. Para el efecto, quisiera igualmente recordar algunos aspectos básicos de la teoría jurídica sobre la coherencia que debe guardar un ordenamiento jurídico.

⁷⁹ Sobre análisis crítico del discurso del derecho Pardo (1996) y Correas (1993).

Kelsen planteó en su obra “*la teoría pura del derecho*” (1960⁸⁰) que la validez de un sistema normativo, se funda en la consonancia que guarden las normas del ordenamiento jurídico con una *norma fundante básica*. Dicha norma lleva a que todas las demás normas sean válidas si guardan conformidad con aquella, dando lugar a un sistema coherente. En un sentido ciertamente similar, H.L.A. Hart (1961⁸¹) señaló que existía una regla de reconocimiento que suministraba los criterios para determinar la validez de las otras reglas del ordenamiento jurídico. En efecto, en todo sistema jurídico existen fundamentos normativos básicos o esenciales que guían el sentido de todo el sistema.

Para que un sistema jurídico sea coherente, la norma básica debería ser igualmente clara y coherente con el fin de evitar problemas interpretativos. Sin embargo, en el caso Colombiano esta idea no es precisamente la que explica el funcionamiento de nuestro ordenamiento jurídico. En la Constitución política de 1991, se pretendió establecer un nuevo orden (Motta, 1995), que fuera acorde con las nuevas realidades del país, de la región y del mundo, y que a su vez estableciera a la nueva Carta como fuente primordial del sistema jurídico, y contenido de la norma básica. Así por ejemplo, resultaba imperativo superar el escenario de creciente violencia y vulneración masiva de derechos que había caracterizado la segunda mitad del siglo XX en Colombia; igualmente, era necesario resolver las fuertes inequidades sociales entre las clases pudientes y las menos favorecidas en temas como la concentración de la tierra; y finalmente, el país debía acoplarse a las nuevas demandas de un orden internacional y global caracterizado por la apertura de los mercados internos y la libre negociación del capital. (Gallón, 1991: P. 4 y 8)

No obstante, en la Constitución de 1991 no se estableció una *única* norma básica de forma clara e inequívoca. De hecho, se ha llegado a plantear (Peña, 2012, P. 100) la existencia de varias normas básicas dentro de la Constitución colombiana que, incluso, pueden llegar a ser contradictorias entre ellas mismas. Para empezar, en la Carta de 1991 coexisten varios proyectos sociales, de los cuales se pueden identificar al menos tres fórmulas de normas básicas, a saber: el multiculturalismo, el liberalismo social, y el neoliberalismo económico. Estos tres proyectos implican, la existencia de tres diferentes formas de leer la validez de las demás normas del ordenamiento jurídico Colombiano. En la postura teórico-epistemológica por la que se opta en este trabajo, cada uno de estas proyectos/normas básicas, dan lugar a discursos dentro del derecho que reivindican o interpelan la interpretación de la validez o no de las demás normas del ordenamiento jurídico.

Para hacer un poco más sencilla la explicación, se puede decir que una misma norma puede ser leída desde los contenidos jurídicos, políticos, e ideológicos que desarrolla el

⁸⁰ “El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica” en: *Teoría Pura del Derecho*, México: Porrúa, 1997, pp. 201.

⁸¹ “Regla de reconocimiento y validez jurídica” en: *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 132.

discurso de cada una de las diferentes normas básicas. Esta situación conlleva ineludiblemente a enfrentar problema interpretativo en el campo jurídico, en los casos en los que los discursos que desarrollan cada una de las normas básicas chocan por ser contradictorios entre sí, haciendo incompatible una única interpretación de una norma.

Uno de los conflictos más comunes, derivados de la situación descrita, es precisamente el enfrentamiento de visiones entre quienes defienden el desarrollo y protección de los derechos sociales, por considerar que son garantías básicas y fundamentales que se deben reconocer a los ciudadanos⁸², y quienes siguen defendiendo el discurso del carácter prestacional de los derechos sociales, económicos y culturales⁸³, según el cual no es posible reconocer la garantía inmediata de estos derechos puesto que depende de la disponibilidad de recursos económicos del Estado. En este caso es evidente la lucha por decir qué son los derechos: desde la perspectiva de la norma básica del liberalismo social⁸⁴ la primera posición, y la del neoliberalismo económico que se defiende en la segunda.⁸⁵

Sin embargo, en este trabajo no se pretende desvirtuar la validez de los argumentos de cada una de estas posiciones. De hecho, en algunos casos, cada una tiene razones más que justificadas para defender su visión del derecho y de las políticas públicas. Por ejemplo, es cierto que sin recursos económicos no es posible materializar los derechos humanos, todos ellos, desde los políticos y civiles, hasta los sociales, económicos y culturales, dependen de las erogaciones que puedan hacer los Estado para materializarlos a través de bienes y servicios concretos (enfoque consecuencialista).

Por su parte, también es verdad que la priorización que hace el enfoque económico de los recursos al considerarlos escasos, pone en grave riesgo la vida y el bienestar de los ciudadanos, teniendo en cuenta que la distribución de recursos – y de la riqueza – responde a criterios que en todo caso son políticos (de economía política si se quiere), por ejemplo, al determinar si una economía otorga subvenciones al sector financiero, si un servicio se presta a través del sistema de subsidio a la demanda o a la oferta, o si se

⁸² Por citar solo un par de ejemplos consultar: Arango (2012), o Uprimny, Rodríguez y Pérez (2007).

⁸³ Igualmente, a manera de simple ejemplo consúltese a: Kalmanovitz (2002), Clavijo (2004), o Wiesner (2004).

⁸⁴ También identificable como la cláusula de Estado social de derecho.

⁸⁵ Ahora bien, en la explicación de la coexistencia de las normas básicas del Estado social de derecho y del neoliberalismo económico, es necesario tener en cuenta que ésta situación – *yuxtaposición*– se debe en gran parte a la dislocación histórica entre la adopción del modelo de Estado social de derecho, que corresponde más al del Estado de bienestar (*Welfarestate*), respecto del modelo económico hegemónico (modelo neoclásico o neoliberal) al momento de la adopción de la Constitución de 1991. En decir, en Colombia se adoptó un modelo de Estado con finalidades sociales, propias de los Estados de Bienestar, en el marco de la implementación de un modelo económico internacional creado precisamente para desmontar la lógica del Estado benefactor. Esta contradicción económico-política, explica en gran parte los desencuentros entre la Corte constitucional y los poderes legislativo y ejecutivo.

cobran altos impuestos a los sectores económicamente más acaudalados, etc.-. De manera que, simplemente, se está explicando una condición que está en la base de la disputa entre estas dos visiones dentro del campo jurídico: la disputa entre distintas posiciones discursivas e ideológicas.

Inclusive, lo antes señalado no implica de ninguna manera que la Corte solamente defienda y desarrolle la norma básica liberal social (o del Estado social de Derecho), puesto que también ha defendido la norma básica del neoliberalismo económico. Incluso, en algunos casos, la Corte ha realizado un ejercicio de balanceo y ponderación entre ellas.⁸⁶ Pero lo que sí es claro es que en muchos casos, tanto gobierno como legislador han realizado una interpretación deficitaria y excluyente de las normas a la luz de las normas básicas, especialmente la que desarrolla el proyecto liberal social.

En esta incongruencia respecto a la norma básica fundamental, es precisamente uno de los principales aspectos en donde se puede evidenciar la crisis del principio de separación de los poderes públicos. En efecto, la disfuncionalidad surge en tanto cada una de las ramas del poder público busca interpretar la validez del ordenamiento a la luz de una norma básica distinta a la que lo hace otra.

En el caso de estudio, los ECIs han surgido en gran parte por el deficiente desarrollo de la cláusula de Estado social de Derecho. Esta situación ocasiona que ante la aparición de situaciones socialmente problemáticas y la incapacidad de las autoridades estatales encargadas de solucionarlos, la declaratoria de los ECI surja como un mecanismo para llenar los vacíos institucionales que contrarían los valores defendidos bajo los criterios interpretativos de garantía de derechos fundamentales fijados por la Corte Constitucional.

Como se explicó en los párrafos precedentes, la intervención de la Corte Constitucional en las políticas públicas se explica por múltiples factores. Uno de los principales es el cumplimiento precario de las instituciones políticas representativas (Landau, 2011: P. 15) en el desarrollo de sus competencias y deberes constitucionales, especialmente en relación con el proyecto de la cláusula de Estado social de derecho. La debilidad de los órganos de representación política, tanto el legislador como el gobierno, en el agenciamiento de las demandas y problemas públicos, ha generado que muchas de estas demandas desplacen su exigibilidad a través de acciones judiciales, por considerar que los jueces constitucionales, y la Corte Constitucional en particular, representan un poder que actúa de forma progresista y ágil en la defensa de los derechos fundamentales.

⁸⁶ Uno de los casos paradigmáticos en los que la Corte ha debido armonizar la tensión entre la cláusula de Estado social de Derecho y la norma del neoliberalismo económico, se produjo en la sentencia C-288 de 2012 en la que el Tribunal constitucional debió aclarar el alcance del denominado "*marco de sostenibilidad fiscal*". En este asunto, la Corte aclaró que la sostenibilidad fiscal no tenía la jerarquía normativa de los derechos fundamentales, pues constituía un instrumento para alcanzar de manera progresiva las finalidades esenciales del Estado.

En respuesta a la precariedad de la respuesta institucional, el Tribunal Constitucional ha llegado a actuar como sustituto legislativo y gubernamental en diferentes temas.⁸⁷ Y por tanto, ha debido enfrentar problemas públicos complejos, ordenando la acción de los demás órganos del Estado, así como la adopción de acciones de seguimiento por parte de los órganos de control (Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo), e incluso ha realizado el monitoreo de sus propias órdenes, como en el caso de los ECI declarados en materia de desplazamiento forzado y de crisis del sistema de salud.⁸⁸

Como plantea Landau (2011), la sustitución del legislador por las decisiones de la Corte puede parecer invasiva y contraria con la clásica concepción de la separación de los poderes públicos, porque niega la autonomía de la esfera legislativa, que especialmente ha resaltado la teoría constitucional inglesa, francesa y norteamericana⁸⁹. Sin embargo,

⁸⁷ Como se señaló en una cita precedente, existen varios eventos en los que la Corte ha tenido que actuar frente a omisiones tanto del legislador como del gobierno. En el caso de omisiones legislativas se pueden mencionar, por ejemplo: la ausencia de expedición del estatuto del trabajo consagrado en el artículo 53 de la Constitución, o el estatuto de la oposición (art. 112 C.N.), el precario desarrollo del modelo territorial regional (art. 286 C.N.). Por su parte, en relación con las omisiones del gobierno en políticas públicas, los casos paradigmáticos son el ECI en materia de desplazamiento forzado y la sentencia estructural T-760 de 2008 sobre el derecho fundamental a la salud. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que la Corte ha desarrollado una decantada doctrina de la modulación de los efectos de sus fallos constitucionales y de tutela para acoplar sus decisiones y armonizarlas con formas técnicas de resolver problemas estructurales. En materia de sentencias de constitucionalidad, los efectos se dividen en dos grupos: (i) por temporalidad, en efectos (i.i) hacia el futuro que son la regla general, (i.ii) efectos retroactivos, y (i.iii) efectos diferidos; y (ii) por la interpretación normativa, en efectos (ii.i) interpretativos de la norma, en (ii.ii) efectos integradores cuando la Corte articula varios contenidos normativos para dar un sentido a la norma, y (ii.iii), en efectos sustitutivos cuando llena un vacío. Al respecto consultar, Sánchez (2005: P. 126). En el caso de las sentencias de tutela o de amparo constitucional, sobre los efectos (Botero, 2006: P. 170) son: (i) *inter partes*, cuando solo afectan a las partes en el proceso de adjudicación del derecho en litigio; (ii) *inter pares*, cuando afectan a personas en similares condiciones fácticas y jurídicas; e (iii) *inter comunis*, cuando están dirigidas a proteger a un grupo poblacional o comunidad específica.

⁸⁸ Cfr. *Supra*, parte primera, apartado 1.2 “Los ECIs de injerencia intensa en las políticas públicas”.

⁸⁹ En el caso inglés se recordará que el famoso tratado sobre el gobierno civil de Locke establecía una forma de tridivisión de poderes (legislativo, ejecutivo y federativo) que delimitaba claramente cada uno de los ámbitos de acción, pero precisando que el poder legislativo constituía el poder supremo del Estado emanando de la comunidad a través del derecho a elegir. En el caso francés, Montesquieu hará una apología del modelo monárquico inglés para señalar que es necesaria una tridivisión que contemple los poderes legislativo, ejecutivo y jurisdiccional como sistema ideal para garantizar la libertad política de los individuos; no obstante, Montesquieu también señalaría que estos poderes públicos colaborarían armónicamente en el cumplimiento de sus funciones. Finalmente, en el caso norteamericano el aporte fundamental se planteará en *El Federalista* de Madison en el que se planteará la necesidad de una configuración de poderes públicos limitados a través del sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*) que implica la independencia entre las diferentes ramas del poder del Estado, pero resaltando la importancia de la independencia judicial. En la teoría constitucional contemporánea, por ejemplo el profesor Bruce Ackerman (2007: P. 194) ha señalado que el modelo clásico de la tri-división de poderes no se ocupa de la protección de la democracia, ni de los derechos fundamentales, razón por las cuales

dadas las particularidades institucionales de Colombia, ante las falencias y vacíos institucionales, la Corte se ha visto avocada a llenar esos espacios para garantizar los derechos de los ciudadanos en ciertos casos especiales.

Como se indicó anteriormente, en la base de las diferencia entre la Corte y los otros poderes públicos se encuentra una contradicción en el objetivo de desarrollar un proyecto constitucional diferente entre la una y los otros. Esta situación de contradicción en el desarrollo del modelo de Estado conlleva necesariamente a la incongruencia en el desarrollo y fines de las políticas públicas.

Esta situación, permite formular una conclusión preliminar de orden institucional: si la Corte Constitucional, adopta una posición alineada con el desarrollo del modelo económico, es decir el modelo neoliberal, por consiguiente los desarrollos en materia social –de derechos sociales–, y garantías logradas por el desarrollo de la cláusula de Estado social de derecho se verán fuertemente limitadas, restringidas e incluso probablemente desmontadas. Por su parte, si el legislador y el ejecutivo colombiano se alinean con la norma básica del Estado social de derecho, consecuentemente el desarrollo del proyecto liberal social será más prolijo, y probablemente, existirán pocos enfrentamientos interpretativos sobre las normas y las políticas públicas creadas para el desarrollo del mismo.

También es importante señalar que la configuración del Tribunal constitucional, en relación con sus integrantes –magistrados–, ha sido subestimada. Como demuestran Uprimny y García (2004), gran parte del desarrollo prolijo de la jurisprudencia constitucional se debe a que algunos de sus magistrados considerados *progresistas* ganaron su elección en la primera etapa de entrada en funcionamiento de la Corporación.⁹⁰

Esta situación permite reflexionar sobre la importancia que implica la conformación de la Corte y la relevancia del perfil de sus integrantes, haciendo especialmente sensible el diseño institucional de su elección en el que participan tanto el gobierno como el

las constituciones actuales deben incluir nuevos poderes soberanos que brinden garantías a los ciudadanos y protejan a la democracia. Así por ejemplo, deben existir además de los 3 poderes clásicos, un “*poder del pueblo*” que permite la realización de continuos referendos para legitimar las decisiones del gobierno, o un poder encartado de controlar a la burocracia estatal y así evitar los problemas de corrupción, falta de transparencia o ineficiencia.

⁹⁰ En efecto, al decir de Uprimny y García (2004) fue decisivo el hecho de la conformación de la primera Corte con una mayoría progresista. Al respecto recuerdan que muchas de las primeras decisiones controversiales de la Corte se adoptaron por una ajustada votación de 5 contra 4 votos, por ejemplo, la despenalización del consumo de drogas (C-221 de 1994), la modificación de la composición de la justicia militar (C-141 de 1995), la protección a los sindicatos en materia de alzas salariales (SU-342 de 1995) o la declaratoria de inexistencia de un estado de excepción (C-486 de 1995). Sobre el tema los autores recuerdan que en todas ellas participó Alejandro Martínez, quien ganó su elección por un solo voto contra Simón Rodríguez, un juez de tendencia bastante conservadora y que muy probablemente hubiera adherido a las tesis contrarias a las que finalmente adoptó la Corte.

congreso, quienes pueden estar directamente interesados en el desarrollo de un proyecto constitucional concreto.

Ahora bien, pese a la existencia de muchos más ejemplos que se pueden ilustrar de esta lucha entre discursos en el campo jurídico, este trabajo se limita exclusivamente al caso de los ECIs. En el campo específico de estos últimos existe una ardua lucha por determinar qué es el derecho y qué son las políticas públicas.

2. La eficacia simbólica del ECI y su función como referencial de políticas públicas

Como se señaló en el capítulo segundo, las políticas públicas tienen una relación intrínseca de correspondencia con los derechos humanos, porque: (i) las primeras son útiles para desarrollar a los segundos, y (ii) porque aquellas tienen como finalidad (marco de referencia) cumplir con éstos últimos. Adicionalmente, las políticas públicas también son acciones concretas encaminadas a cumplir los fines del Estado, razón por la que son susceptibles de ser leídos en clave de los proyectos societales –normas básicas– que pretendan desarrollar. Es decir, las políticas públicas pueden desarrollar por ejemplo un proyecto liberal social, o el neoliberal económico.

Bajo el análisis planteado en este trabajo, el derecho tiene su propia lógica como un campo de lucha, en el cual diferentes actores, con diferentes tipos de capital (jurídico, social, económico o cultural) y posiciones, pugnan por determinar lo que es o no derecho (Bourdieu, 2000). En este proceso es importante recordar que el derecho actúa como un sistema que codifica los problemas sociales y los traduce en su propio discurso, con el fin de generar una solución basada en los conceptos de justicia y legitimidad (García, 2014).

En dicho marco, la Corte ha utilizado la figura de los ECIs para delimitar un campo de interacción –o de lucha en términos de Bourdieu–, y para configurar un *referencial* para solucionar problemas públicos estructurales⁹¹ que se solucionan a través de instrumentos de política pública. No obstante, como se explicará, en este proceso el Tribunal constitucional al actuar como *mediador* en el desarrollo de la política pública termina por imponer su capital jurídico con el objeto de asegurar el cumplimiento del proyecto del Estado social de derecho –proyecto liberal social–.

La tensión que se genera entre los diferentes actores y discursos que subyacen la interpretación de las normas, incide en las políticas públicas. La figura del ECI surge como la configuración de un *sub-campo* dentro del derecho, en el que se pretende desde la lógica jurídica, generar las soluciones (del derecho) frente a problemas públicos sociales. En este proceso, hemos acudido a una crisis del principio de separación de poderes, que ha reconfigurado las relaciones, tanto institucionales del Estado, como de la sociedad colombiana en general.

⁹¹ En Colombia a través de esta figura, se han tratado de solucionar desde la Corte Constitucional, problemas estructurales tales como: el desplazamiento forzado, el acceso a las pensiones, el hacinamiento carcelario, la prestación del servicio en el sistema de salud, entre otros.

Las sentencias que dan lugar a los ECIs no generan únicamente efectos materiales por las acciones que se derivan de sus órdenes, sino que también generan unos efectos *simbólicos* (Rodríguez, 2015, P. 205) que inciden en la manera en que los actores tanto institucionales como no institucionales –ciudadanos– actúan sobre el problema público que pretende solucionar el ECI (*referencial de política pública*). El ejemplo más notable sobre la incidencia de los efectos simbólicos del ECI ha ocurrido con ocasión de la sentencia T-025 de 2004 en relación con la problemática del desplazamiento forzado en Colombia.

A partir de la declaratoria de la figura del ECI, y de las órdenes que esta implicó, ocurrieron múltiples cambios desde el punto de las representaciones sociales e institucionales que se venían tejiendo en torno al fenómeno del desplazamiento. Según Rodríguez y Rodríguez (2015: P. 205) los principales efectos simbólicos del ECI en materia de desplazamiento forzado fueron: (i) el cambio en la percepción pública sobre el desplazamiento en Colombia; y (ii) la legitimación de las denuncias y el reforzamiento del poder de negociación de las ONGs de derechos humanos y las entidades internacionales.

En este caso, el ECI ha transformado la visión, no solo de los jueces, sino también del gobierno y los ciudadanos, configurando unos nuevos “*habitus*”⁹² específicos del campo jurídico del ECI, en torno a los pronunciamientos de la Corte. Así por ejemplo, en la actualidad es casi imposible encontrar una sentencia de un juez colombiano, o un programa del gobierno que tratándose de una situación relativa a la problemática del desplazamiento no haga referencia a la sentencia T-025 y a los lineamientos que la Corte sentó en materia de estándares de protección de derechos para este grupo poblacional.

⁹² Como se recordará (*Supra*, *La teoría del campo jurídico de Pierre Bourdieu*, P. 15) Bourdieu plantea que los hábitos jurídicos, son categorías de percepción y de apreciación que estructuran la forma de percibir y apreciar los conflictos ordinarios y que orientan el trabajo destinado a transformarlos en confrontaciones jurídicas. De esta manera, los hábitos utilizan la codificación para *poner en forma y poner las formas* (...). El hábito, por su propia naturaleza, se encuentra ligado parcialmente con lo vago y con el devenir. El hábito actúa de forma indeterminada, móvil, dificulta la estabilidad de la estructura del campo pues el monopolio del campo jurídico se oculta en gran medida bajo la forma de capital simbólico. Por tanto, utiliza la *codificación*, la fijación de rituales, permite alejar las situaciones potencialmente peligrosas para el campo jurídico, fijándolas y, a través de los mecanismos de negación del derecho, haciéndolas aparecer como necesarias. Sin embargo, si la codificación surge como un mecanismo de estabilidad del sistema, en cuanto evita los riesgos de la indeterminación al interior del campo, es también el instrumento por esencia que permite al derecho *presentarse* como autónomo y como necesario en su construcción sistemática y neutra. La codificación tiene tres efectos: (i) facilita la fijación del conocimiento, maestría en el mismo, mediante la objetivación que produce; (ii) supone la oficialización del saber, permite que todo el mundo sea testigo y a la vez inquisidor de aquello que se hace, ratificándolo, homologándolo, mediante un esquema lingüístico; y (iii) permite la formalización racional, no mágica, del conocimiento. La codificación abre la puerta a la universalización de categorías que son propias y, en gran medida, arbitrarias. Mediante la formalización, los rituales adquieren el valor de procedimientos legítimos, exponiendo a los afectados las normas que garantizan la solución no arbitraria –es decir, la solución decidida individual o colectivamente por agentes no creyentes en el código jurídico–, de los conflictos sociales.

Igualmente, la evidencia muestra que la figura del ECI tiene un carácter *performativo*, en la medida en que su utilización como referente en las políticas públicas ha permitido la puesta en marcha de acciones y prácticas sociales e institucionales entre aquellos actores que tienen interés en el campo de interacción que genera la problemática pública que pretende solucionar el ECI. Dentro de este campo de interacción que se genera en torno al ECI, los actores disponen de capital jurídico y simbólico que se utiliza según se defiende determinado discurso respecto a cómo debe entenderse la política pública con la que se pretende solucionar el problema estructural.

No obstante, el actor con mayor capital simbólico dentro de esta lucha sigue siendo la Corte Constitucional. La situación de ineficiencia institucional por parte del Ejecutivo y del Congreso colombiano, ha legitimado e incrementado el capital jurídico y simbólico del Tribunal Constitucional lo que le permite determinar qué, cuáles y cómo son las políticas públicas que se deben implementar para solucionar la problemática pública que da origen a un ECI.

La circunstancia de vacío o déficit en el cumplimiento de las funciones y competencias por parte del gobierno y el legislador, disminuye radicalmente el capital jurídico y simbólico de estos últimos a la hora de enfrentar las evaluaciones que hace la Corte respecto a la atención de un problema público.⁹³ Por su parte, la Corte ve aumentado su capital jurídico y simbólico como resultado de dicha falencia por parte de las demás ramas del poder público, con lo que encuentra patente de curso para legitimar sus decisiones. Adicionalmente, la Corte ha sabido aprovechar su capital social para adquirir mayor legitimidad a través de la vinculación de la población civil en el proceso de seguimiento a algunas de sus decisiones (particularmente relevante los casos de las comisiones de seguimiento a las sentencias T-025/04 y T-760/08).

Frente a la situación descrita, surge la crítica por la extralimitación de funciones en la que ha incurrido la Corte al quebrantar el principio de separación de poderes. En efecto, al declarar un ECI sí existe una crisis y la explicación de la misma se torna ciertamente obvia: al actuar como sustituto de las demás ramas del poder público, la Corte constitucional utiliza su capital simbólico y jurídico para lograr la eficacia del discurso por ella defendido: Estado social de Derecho. No obstante, para legitimar sus actuaciones en este estado de *excepcionalidad* (Rodríguez, 2009)⁹⁴ por ella declarado la Corte se plantea –presenta– como una *mediadora* (Müller, 2006) dentro de un campo de actores.

⁹³ El caso más patente de esta situación lo constituye el largo proceso de seguimiento a las órdenes proferidas en la sentencia T-025 de 2004 en el que la Corte ha demostrado la persistencia en la problemática del desplazamiento forzado, y la insuficiencia de las medidas de política pública adoptadas por el gobierno. *Cfr. Supra*, parte primera, apartado 1.2.1.1. “*El seguimiento o monitoreo a la sentencia T-025 de 2004*”.

⁹⁴ El profesor Cesar Rodríguez señala que el carácter excepcional del ECI que declara la Corte puede asimilarse por analogía a la figura del constitucionalismo clásico del *estado de excepción*

El derecho, como lo ha entendido el constitucionalismo contemporáneo debe cumplir una doble función: evitar que el Estado⁹⁵, vulnere los derechos fundamentales de las personas (garantía negativa y reforzamiento del principio de legalidad del derecho), y de otra parte, garantizar la realización real de los derechos de las personas (garantía positiva) por parte del Estado (Ferrajoli, 1995). El trabajo de la Corte se ha enmarcado en estas funciones, sin embargo, en dicho proceso se produce una inevitable crisis del principio de separación de poderes por el desbalance entre el cumplimiento de sus obligaciones y la inacción de los demás órganos del poder público.

De esta manera se puede **concluir**, que en la actualidad el principio de separación de poderes no puede ser entendido bajo la concepción que del mismo se tenía en el liberalismo clásico de principios del siglo XVII y XVIII. En el escenario de las democracias contemporáneas en el que los jueces, y en especial los Tribunales constitucionales, enfrentan complejos problemas sociales, la separación de poderes está mediada por el cumplimiento de la colaboración armónica entre los diferentes poderes públicos.

Podríamos utilizar la siguiente analogía: el principio de separación de poderes actúa como una especie de balanza (piénsese en la balanza de la diosa Temis): en la medida en que una de las partes de la balanza pierde peso porque no actúa diligentemente, el otro extremo de la balanza lo gana. En el caso de los ECI, la Corte constitucional constituye aquél lado de la balanza que ha ganado peso.

En suma, en tanto exista el desacuerdo entre la Corte, y el ejecutivo y el legislador en la forma en la que se desarrolla la cláusula de Estado social de derecho, y en la medida en que éstos últimos prefieran el desarrollo del proyecto constitucional del neoliberalismo económico en detrimento del primero señalado, indudablemente la lucha por el campo de las políticas públicas y la crisis del principio de separación de poderes continuarán.

Pero entonces, qué utilidad tiene la figura del ECI, y cómo ayuda a resolver la situación de pugna en el campo de las políticas públicas para resolver problemas estructurales, o qué importancia otorga la Corte la utilización de dicha figura. Para resolver estos interrogantes es necesario analizar una diferencia fundamental que existe entre las decisiones adoptadas en el marco del derecho frente a las que se generan como resultado de las políticas públicas.

Como se señaló en el capítulo segundo de este trabajo, existe una relación de complementariedad entre el derecho y las políticas públicas en tanto ambas son formas de amparar los derechos fundamentales de los ciudadanos: una a nivel de *microprotección* (caso a caso) y otra de *macroprotección* a través de decisiones que

mediante el cual el ejecutivo concentraba temporalmente ciertos poderes y suspendía algunos derechos constitucionales por razones de orden público o emergencia económica.

⁹⁵ Habermas (2010) plantea que la función esencial del derecho es evitar que el Estado y el Mercado colonicen el *mundo de la vida*.

protegen a grandes grupos poblacionales. Sin embargo, las decisiones jurídicas (normas o providencias judiciales) se diferencian de las políticas públicas en un elemento esencial: las consecuencias de su incumplimiento, su *eficacia simbólica*.

En efecto, si se observa con detenimiento se encuentra que el incumplimiento de una decisión jurídica (sea una norma o una providencia judicial) implica una consecuencia jurídica coercitiva e inmediata, como por ejemplo: una multa, un arresto, una inhabilidad para ejercer un cargo, entre otras. Esta consecuencia se deriva de la *eficacia simbólica del derecho* (García, 2014), que hace posible que este tipo de decisiones estén revestidas de un manto de autoridad y legitimidad que otorga la potestad y genera la aceptabilidad social para imponer una sanción no moral sino coercitiva y materialmente efectiva. Es decir, quien desobedece una norma o una decisión judicial tiene que atenerse a una consecuencia real y material como lo es la imposición de una sanción por parte de una autoridad, la cual debe obedecer.

Por su parte, las políticas públicas carecen de ese grado de *eficacia simbólica*. Las políticas públicas son decisiones de raigambre político-administrativa que tienen origen en decisiones de la misma índole, y pese a que estén soportadas en normas, en principio, no generan las consecuencias jurídicas –coercitivas– concretas e inmediatas que generan las decisiones jurídicas. Debido a que están sometidas a contingencias políticas, económicas y sociales diversas, no es posible prever una consecuencia concreta. De hecho, la finalidad de una política pública es tratar de solucionar un problema público para tratar de reducirlo al máximo margen posible, situación que no asegura su cumplimiento⁹⁶.

Precisamente, esta distinción es la que permite entender la particularidad de la figura del ECI, su importancia y el papel que juega en la pugna por decir qué son las políticas públicas. El ECI constituye la fórmula *sui generis* que intenta otorgar la *eficacia simbólica del derecho* a medidas que son propias de las políticas públicas. Es la forma en la que la Corte constitucional utiliza su capital simbólico y jurídico para hacer que un problema estructural que no se puede resolver a través de una decisión jurídica concreta y que depende de otros actores en el campo de las políticas públicas, sea obedecida bajo la autoridad simbólica que reviste a una decisión de un juez; en este caso, del máximo juez constitucional. En suma, el ECI es la forma en que la Corte constitucional intenta imprimir la eficacia simbólica del derecho a asuntos propios del campo de las políticas públicas.

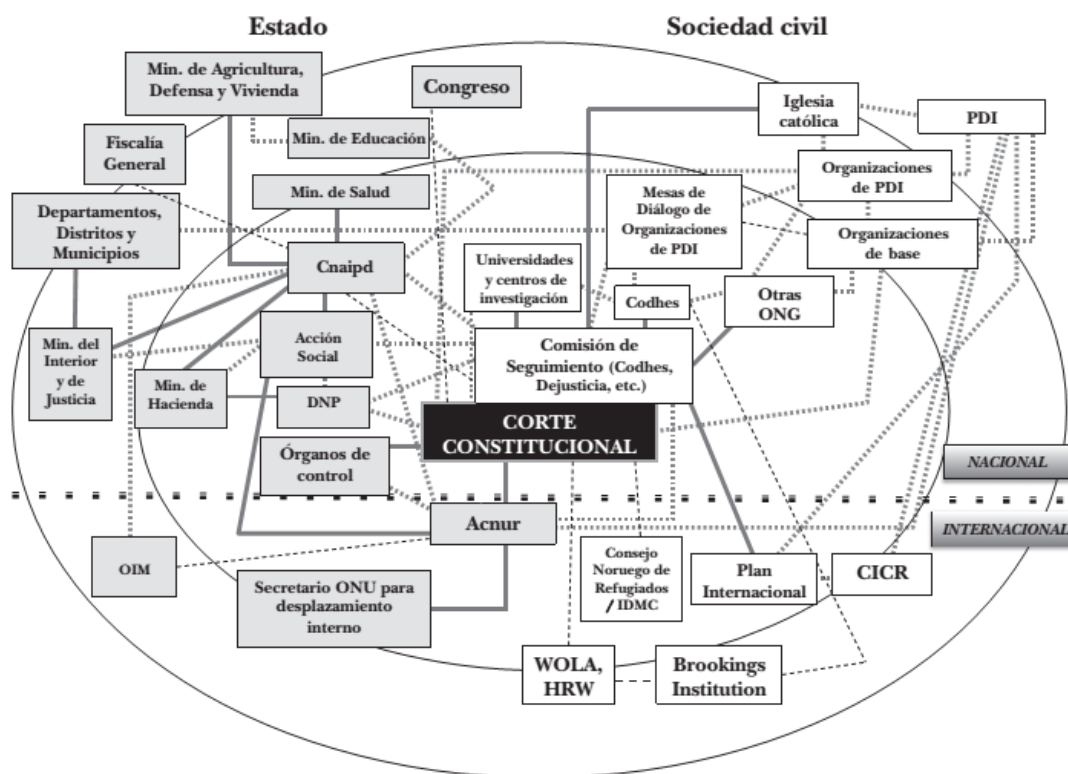
Para poder ilustrar de forma más clara la dinámica que se genera en el campo que suscita un ECI, vale la pena citar –a manera de ejemplo– la evidencia (Rodríguez y Rodríguez, 2010) que se ha obtenido en el caso del ECI por desplazamiento forzado que fue declarado en la sentencia T-025 de 2004. Este, es el caso paradigmático y más claro del

⁹⁶ Como explicará el profesor Roth (2002: P. 135), existe un momento del proceso de las políticas públicas centrado en la evaluación de sus resultados, en el que se mide medidos sus impactos, eficiencia, eficacia, y efectividad, y con el cual se busca determinar si se lograron los objetivos propuestos a través de la intervención estatal.

potencial efecto simbólico que se genera a partir de una sentencia estructural que declara un ECI, y de los impactos y consecuencias que genera su desarrollo.

3. El campo del ECI en el caso del desplazamiento forzado

Tal vez el caso mejor documentado (Rodríguez y Rodríguez, 2015; y Rodríguez, 2010) sobre la configuración y desarrollo de un ECI como un campo específico de disputa entre la Corte y el gobierno por tratar de señalar qué son las políticas públicas, es el correspondiente a la problemática pública del desplazamiento forzado. A raíz de la expedición de la sentencia T-025 de 2004 y la declaratoria del ECI en la misma, se fue consolidando un campo específico de interacción que la misma Corte promovió entre diferentes actores y en diferentes espacios en torno a este ECI.



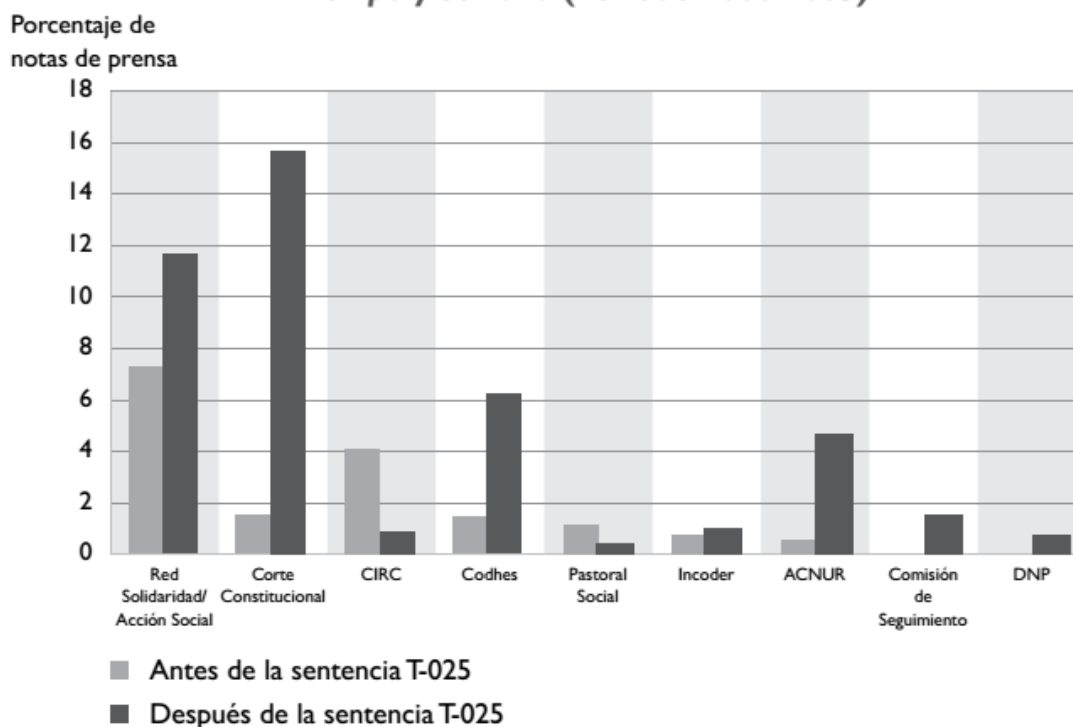
Gráfica1 tomada de Rodríguez y Rodríguez, 2015: P. 77.

En el ejemplo del desplazamiento forzado, se muestra (Gráfico 1) un entramado complejo dividido en dos tipos de actores: (i) actores institucionales y actores de la sociedad civil; y (ii) actores nacionales y actores internacionales. En la relación de actores, la gráfica muestra la participación en el campo en la lógica centro-periferia. El actor central o *mediador* es la Corte constitucional, quien ha estado acompañada de forma más cercana por algunos actores de la sociedad civil y excepcionalmente de algunos actores

internacionales. Sin embargo, nótese como la relación –la posición en el campo de lucha– con el gobierno y aún más con el congreso está en su mayoría en la periferia.

En este contexto, la Corte ha ido moldeando el campo de este ECI al igual que su lógica de interacción creando un discurso particular sobre el problema del desplazamiento forzado. Como se describe en las detalladas investigaciones de Rodríguez (2010), y Rodríguez y Rodríguez (2015), la evidencia muestra que la Corte se constituyó en el *mediador* durante el lapso de tiempo posterior a la emisión del fallo, al punto de ser el nodo coordinador del campo.

Visibilidad de los actores del campo del desplazamiento en la prensa, antes y después de la sentencia. *El Tiempo y Semana (Periodo 2000-2009)*



Gráfica 2 tomada de Rodríguez y Rodríguez, 2010, P. 125.

Adicionalmente, el análisis también muestra (Gráfica 2) cómo la visibilidad de otros actores especialmente del gobierno, a través de la Red de Solidaridad Social (posteriormente conocida como Acción Social), creció a partir de la sentencia. No obstante, como se evidencia, el lugar central y de mayor relieve en el campo, pasó a ser ocupado por la Corte constitucional. El capital jurídico, político y social acumulado por la Corte creció exponencialmente a partir de la decisión de declaratoria del ECI.

Ahora bien, como se mencionó este campo fue constituido para la definición de qué es y cómo se desarrollaría la política pública de desplazamiento forzado. En este proceso, la Corte ha sido determinante en cada uno de las etapas de desarrollo de la política⁹⁷ (formulación, implementación, y evaluación). En este sentido, no solo visibilizó el problema en la agenda pública, sino que intervino directamente en (i) el diseño o formulación, a través de la orientación de la política pública al momento de expedir órdenes y directrices encaminados a delinear los ámbitos de acción de la misma; y (ii) en el monitoreo, seguimiento y evaluación a través de decisiones que ordenaban reprogramar la política pública en algún sentido.

En el caso de los primeros autos que expidió la Corte⁹⁸, estos iban encaminados a direccionar a los diseñadores de políticas públicas (*policy makers*) respecto de los aspectos que la Corte estimaba primordiales. Ejemplo de estos eran temas como el aumento de recursos presupuestales, la participación de la población en situación de desplazamiento, la coordinación entre normas y políticas, la progresividad de las medidas, entre otras.

No obstante, la insuficiente acción del gobierno, en varios aspectos, llevó a que la Corte profundizara su intervención en la formulación de varios componentes de la política pública, razón por la que sus decisiones se refinaron a través de lineamientos específicos mediante la metodología de enfoques diferenciales de la población: indígenas (A-004 de 2009), mujeres (A-092 de 2008, A-009 de 2015), niños (A-251 de 2008), población en situación de discapacidad (A-006 de 2009), entre otros, que conllevaban órdenes específicas.

Como se evidencia, en este proceso la Corte ha utilizado la figura del ECI como un concepto *referencial* para la configuración de la representación o imagen sobre lo que considera *debe ser* la política pública de desplazamiento, y con base en la cual deben actuar los demás actores que intervienen en la misma. Este *referencial* le ha permitido interpretar e intervenir en la problemática con el fin de que dicha política sea leída a través de la perspectiva –norma básica– del Estado social de Derecho. Así por ejemplo, en el desarrollo de esta dinámica, la Corte ha desarrollado estrategias para definir los contenidos de la política pública de desplazamiento, y ha determinado la necesidad de evaluar la actuación del gobierno y otros actores institucionales y no institucionales a través de la metodología de indicadores de goce efectivo de derechos que ella adoptó.

La incidencia del *referencial* se puede notar también en los *efectos simbólicos* de la sentencia. A partir de la intervención de la Corte a través del ECI, la percepción sobre la problemática del desplazamiento forzado ha cambiado radicalmente. En el proceso de construcción de este *referente*, la Corte ha logrado posicionar una representación

⁹⁷ Para profundizar en el tema de las etapas del proceso de las políticas públicas o ciclo de la política pública, consultar Roth (2002: P. 52).

⁹⁸ Al respecto, consultar por ejemplo el auto A-178 de 2005.

particular de la problemática del desplazamiento y su importancia dentro de los temas de atención por parte del Estado. De manera relativamente reciente, se expidió la ley 1448 de 2011⁹⁹, que tiene como objetivo mitigar los efectos del desplazamiento forzado a raíz del conflicto armado. Dentro del desarrollo de esta norma se tuvieron en cuenta los parámetros de garantía de derechos sentados en la sentencia T-025 de 2004. Adicionalmente, con posterioridad al fallo, se han implementado una gran cantidad de programas con el fin de contrarrestar los efectos del ECI y así remediar la situación alertada por la Corte¹⁰⁰.

En suma, la Corte ha logrado visibilizar y priorizar la atención al problema del desplazamiento a través del *referencial* del ECI, y adicionalmente ha dotado de *eficacia simbólica* (propia del derecho) a las decisiones de política pública que se desarrollan con el fin de lograr los objetivos que ella misma ha establecido.

En este proceso la Corte ha visto incrementado su capital simbólico en detrimento del de los demás poderes públicos pero especialmente del gobierno quien se ha visto subordinado a cumplir con los estándares signados por la Corte. Esta situación implica la tensión y puesta en crisis del principio (constitucional) de separación de poderes, el cual se ve intensamente afectado por el papel activo que la Corte ha asumido con el objetivo de lograr la eficacia, no solo simbólica, sino real del Estado social de Derecho.

4. La eficacia material del discurso del Estado social de derecho

Finalmente, con el objetivo de medir con evidencia los efectos del ECI, y la incidencia que tiene materialmente su eficacia simbólica, se presenta un ejercicio de análisis estadístico sobre el impacto global que ha tenido la sentencia T-025 de 2004 sobre el fenómeno del desplazamiento forzado.

De manera general, la política pública en materia de desplazamiento forzado ha estado marcada por la intervención del Estado en tres momentos específicos que se corresponden con tres instrumentos de intervención normativa en el tema: (i) la ley 387 de 1997, que constituyó el primer esfuerzo por atender la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado que vivía el país a finales de los años noventa por el escalamiento del conflicto armado interno; (ii) la expedición de la sentencia T-025 de 2004 en la que se constató la existencia del ECI en materia de desplazamiento forzado y por tanto el fracaso e insuficiencia de las medidas administrativas adoptadas en la ley 387 de 1997; y (iii) de manera relativamente reciente, la expedición de la ley 1448 de 2011, conocida como ley de víctimas y restitución de tierras, como esfuerzo del gobierno y el congreso colombiano por re-configurar la política pública de atención a la población víctima del conflicto armado, y por tanto de la política pública sobre el desplazamiento forzado, como uno de sus aspectos centrales.

⁹⁹ Conocida como ley de víctimas y restitución de tierras.

¹⁰⁰ Al respecto, consultar Gobierno Nacional (2010), Informe a la Corte constitucional sobre la superación del estado de cosas inconstitucional declarado mediante la sentencia T-025 de 2004.

Las estadísticas sobre el tema (Gráfica 3) muestran los efectos globales de los dos primeros¹⁰¹ instrumentos de política pública adoptados a lo largo del periodo comprendido entre 1985 y 2011, incluido el periodo posterior a la emisión de la sentencia T-025 de 2004.

	Promedio Personas expulsadas (c/año)	Total periodo	Promedio Personas Recibidas (c/año)	Total periodo	Promedio Personas declaradas (c/año)	Total periodo
1985 a 1996	12.969	427.983	10.502	346.557	112	3.682
1997 a 2003	81.999	2.705.980	80.284	2.649.374	49.642	1.638.200
2004 a 2011	78.226	2.581.444	81.589	2.692.424	91.351	3.014.594

Gráfica elaborada por el autor a través del programa estadístico SPSS Statistics.

Fuente de los datos: Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, Base de datos "Índice de riesgo de victimización –IRV– 2010-2014".

El periodo más crítico de la problemática del desplazamiento se vivió entre los años 1997 y 2003 (personas expulsadas 1997-2003: 2.705.980). Con posterioridad a la emisión de la sentencia T-025 de 2004 en el periodo 2004 a 2011 se puede evidenciar que pese a la persistencia de una tendencia preocupante por una alta tasa de desplazamiento, hubo un leve decrecimiento (personas expulsadas 2004-2011: 2.581.444), y precisando que en el último periodo se cuenta un año adicional.

Sin embargo, el dato más importante, se sitúa en los efectos de la atención a la población declarada en situación de desplazamiento (indicador de personas declaradas). Como es evidente, la emisión de la sentencia T-025 de 2004 no tenía como fin solucionar las causas que originan la problemática de desplazamiento, pues esta situación escapa a cualquier tipo de medida que pudiera adoptar la Corte. No obstante, lo que sí podía hacer el Tribunal constitucional, era incidir en las medidas de política pública sobre la atención, garantía y protección de los derechos fundamentales de la población afectada por la problemática del desplazamiento forzado.

El aumento del indicador de *registro* de personas declaradas muestra la incidencia que tuvo la decisión de la Corte sobre uno de los principales problemas detectados (Rodríguez, 2010: P. 86) en el ECI por desplazamiento forzado. En efecto, en la sentencia

¹⁰¹ La medición sobre los efectos globales del tercer instrumento, la ley 1448 de 2011 o de víctimas o restitución de tierras actualmente son insuficientes debido a que esta ley aún está en su etapa inicial de implementación y desarrollo. Razón por la cual, la medición se centra en los efectos globales de los dos primeros instrumentos, y en especial, de la sentencia T-025 de 2004, debido a los intereses específicos que tiene para la investigación realizada en el presente trabajo.

T-025 de 2004, la Corte señaló¹⁰² que uno de los los problemas más protuberantes de la política de atención a la población afectada por el desplazamiento correspondía a la situación deficiencias en el manejo de la información de registro de la población. En palabras de la Corte:

“En relación con los Sistema de Información, (a) subsiste el problema del subregistro, en particular cuando se trata de desplazamientos menores, o individuales, en los que no se acude a la Red para solicitar su inscripción. Esta debilidad impide dimensionar el esfuerzo futuro que será necesario para diseñar las políticas de retorno y devolución de propiedades o reparación de perjuicios causados a la población desplazada; obstaculiza el control sobre las ayudas entregadas por otras agencias; y dificulta la evaluación del impacto de la ayuda entregada. (b) El Sistema Único de Registro no comprende la ayuda que no es entregada por la Red de Solidaridad Social, lo cual excluye del registro el seguimiento de la prestación de los servicios de educación, salud y de vivienda. (c) Los sistemas de registro no son sensibles a la identificación de necesidades específicas de los desplazados que pertenecen a grupos bajo un mayor nivel de vulnerabilidad, tales como las mujeres cabeza de familia y los grupos étnicos. (d) Los sistemas de registro no incluyen información acerca de las tierras abandonadas por los desplazados. (e) La información sobre cada desplazado disponible no está encaminada a identificar sus posibilidades de generación autónoma de ingresos en la zona de recepción, lo cual entraba la implementación de las políticas de estabilización socioeconómica.”

Con posterioridad a la sentencia (Gráfica 3, periodo 2004-2011), se muestra un aumento significativo en el registro de personas declaradas que impacta en el sistema de atención. Esta evidencia corrobora los efectos no solamente simbólicos en la percepción del problema y las medidas jurídicas adoptadas, sino también la incidencia real que tuvo la decisión de la Corte en la atención efectiva a la población en situación de desplazamiento forzado.

Esta información se puede cotejar, por ejemplo, con aquella relativa al aumento del esfuerzo presupuestal para atender la problemática del desplazamiento. En la que se demuestran (Gráfica 4) los efectos de la sentencia sobre la inversión del gobierno. Durante el periodo posterior a la sentencia (años 2004 a 2010) la inversión en la política pública de desplazamiento forzado creció exponencialmente. Los recursos no solamente se duplicaron para el año siguiente sino que crecieron en un 500 por ciento hasta el último año de la medición.

En suma, con base en este análisis de evidencia, se puede mostrar que la decisión de adoptar un ECI por parte de la Corte Constitucional generó un impacto real en la transformación de la política pública de atención a la población en situación de desplazamiento en Colombia.

¹⁰² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004, apartado 5: *“La jurisprudencia constitucional relacionada con la vulneración de los derechos de la población desplazada. Órdenes dictadas para proteger sus derechos constitucionales y persistencia de los patrones de desconocimiento de tales derechos.”*

AÑO	Inversión Total Definitiva	Apropiación Desplazados	Parti. %
1999	8.551.397	45.785	0,54%
2000	7.620.833	43.644	0,57%
2001	11.466.406	114.309	1,00%
2002	10.632.661	122.617	1,15%
2003	8.962.855	106.164	1,18%
2004	11.175.575	325.567	2,91%
2005	12.598.451	519.071	4,12%
2006	14.981.812	634.244	4,23%
2007	20.992.219	961.270	4,58%
2008	22.090.149	1.191.920	5,40%
2009 *	31.189.934	1.362.908	4,37%
2010 *	25.421.282	1.536.442	6,04%

* La apropiación definitiva tiene descontado el aplazamiento en el total de la Inversión

Fuente: DNP- DIFP (2010) – Cifras en millones de pesos
Gráfica 4 tomada de Informe Gobierno Nacional, 2010, P. 180.

El ECI declarado por la Corte reconfiguró la política de manera que hizo exigible las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos de la población afectada. De esta manera, se comprueba que la eficacia de la figura del ECI logra incidir de manera *performativa* en la problemática pública que pretende solucionar, y por tanto ha logrado, en gran medida, materializar el discurso del Estado social de Derecho.

5. El ECI como un instrumento de empoderamiento de la sociedad civil

Finalmente, resulta necesario resaltar que una de las principales virtudes del ECI radica en que puede ser utilizado como un referencial de política pública que empodera a la sociedad civil. Como se señaló en la descripción del proceso de seguimiento de la sentencia T-025 de 2004, la intervención de la Corte en la política pública de desplazamiento forzado en Colombia ha implicado la utilización de diferentes instrumentos técnicos que han permitido integrar a diversos actores al proceso de reformulación de la citada política.

Así por ejemplo, las audiencias públicas han permitido visibilizar y dar “voz” a las demandas de las personas afectadas por la problemática del desplazamiento a través de la intervención de los líderes y de las lideresas de las organizaciones que representan a estos grupos de la población.¹⁰³ El impacto, no solamente simbólico, sino real –material –

¹⁰³ Uno de los ejemplos extraordinarios del efecto de empoderamiento que genera el ECI es el caso del seguimiento a la evaluación de la política pública de desplazamiento en relación con la problemática particular de la violencia sexual contra las mujeres. A raíz del Auto A-092 de 2008, se ordenó la creación de 13 programas especiales para la atención de esta problemática. En dicho proceso se conformó la Mesa especial de seguimiento a este auto en el que las mujeres lideresas de las organizaciones víctimas de la violencia sexual han participado activamente en el

que implica reunir en un mismo escenario a los principales representantes del gobierno nacional, junto a los principales actores afectados por una problemática pública constituye un ejercicio de democracia *deliberativa* y *disputatoria* de la mayor relevancia en el contexto de un país caracterizado por la exclusión social y la invisibilización de los grupos tradicionalmente marginados.

Adicionalmente, implica una reconfiguración de la lógica de construcción de soluciones públicas –políticas públicas–, las cuales generalmente han sido construidas de arriba hacia abajo (*top-down*), es decir desde la lógica de la tecnocracia, y no desde abajo hacia arriba (*bottom-up*), es decir desde el diagnóstico de las realidades y las demandas de los grupos afectados.¹⁰⁴

En este sentido, el ECI actúa como un *referencial* que dota a los actores excluidos, como las organizaciones de derechos y los ciudadanos afectados por las problemáticas, de un discurso común con las máximas autoridades del gobierno, en el cual pueden hacer visible y exigible sus demandas en términos de cumplimiento de estándares de derechos humanos.

Este escenario constituye unas de las principales virtudes del ECI en tanto propicia un escenario en el que los ciudadanos no actúan como subordinados del gobierno, sino que se encuentran en igualdad de condiciones frente a las autoridades, pues el Tribunal constitucional garantiza que las principales instituciones encargadas de formular e implementar las políticas, escuchen sus demandas. Enfocado de esta manera, el ECI constituye un instrumento excepcional para lograr la exigibilidad de derechos de los sectores más vulnerables de la sociedad.

CONCLUSIÓN: Las virtudes y riesgos del ECI

Con base en el análisis anterior, se encuentra que en el caso particular de los ECI, la Corte ha evidenciado el incumplimiento de los deberes constitucionales de los demás órganos del poder público en relación con ciertas políticas públicas, razón por la que utiliza dicha figura para asegurar que sus órdenes sean cumplidas.

El logro de la eficacia de sus órdenes radica en que las políticas públicas en las que ha intervenido son cumplidas, debido a que la figura del ECI está revestida de la *eficacia*

seguimiento y evaluación a las órdenes emitidas por la Corte, haciendo exigibles sus derechos frente a las diferentes entidades del gobierno nacional (Acción social en su momento, la Unidad de Víctimas y Restitución de Tierras actualmente) y de los órganos de control. Así por ejemplo, dicha Mesa de seguimiento ha emitido 5 informes en los que se evalúa el grado de cumplimiento de las obligaciones que la Corte ha ordenado. Recientemente, como resultado de esta retroalimentación la Corte ha emitido dos pronunciamientos importantes en la materia, los autos A-098 de 2013 (protección a mujeres lideresas de derechos humanos en materia de violencia sexual) y A-009 de 2015 (cumplimiento de las obligaciones de debida diligencia en la investigación de delitos de violencia sexual cometidos por actores armados).

¹⁰⁴ Sobre la descripción de las maneras de implementación de políticas públicas “*top-down*” y “*bottom up*”, consultar Roth (2008: P. 67).

simbólica del discurso jurídico que, siendo propia de las normas y las decisiones judiciales, ha sido extendida por la Corte a ámbitos de políticas públicas. En esta situación en particular, la evidencia demuestra que una política pública generada a partir de un ECI y promovida por la Corte tiene mayor impacto –*simbólico y material*– que las políticas que son desarrolladas por el gobierno, quien se dice el competente para ello.

Además de lo anterior, el ECI tiene la virtud de empoderar a la sociedad civil a través de un discurso emancipatorio que dota de herramientas a las personas y a las organizaciones interesadas en intervenir en la solución de la problemática pública que se pretende resolver, y hace que a través de dicho *referencial* sean exigibles los derechos de los afectados. Bajo estas condiciones es posible concluir que el proceso impulsado por la Corte no puede ser calificado como una tiranía –o gobierno– de los jueces sino como una herramienta democrática para la protección de derechos fundamentales.

No obstante lo anterior, el trabajo también busca advertir los riesgos institucionales que se corren en dicho proceso. Si bien la Corte trata de ejercer como *mediadora* en la configuración del *campo* que se genera a través del establecimiento de los ECI, su esfuerzo por articular un trabajo entre diferentes actores puede terminar escondiendo el riesgo de que ella sea quien determine qué son las políticas públicas en relación con el problema social que pretende resolver. En este último caso el proceso puede invertirse y terminar decantando la balanza hacia un posible gobierno de los jueces. Frente a esta última preocupación, se cierra esta disertación señalando que la única manera de asegurar la eficacia del discurso del Estado social de Derecho radica en la utilización del ECI en su faceta de ejercicio democrático de deliberación y empoderamiento de la sociedad civil.

CONCLUSIONES

1. El presente trabajo de investigación ha permitido evidenciar que la figura del “*estado de cosas inconstitucional*” hace parte de una categoría especial de decisiones judiciales –sentencias estructurales– que se utilizan para solucionar problemáticas públicas de tipo estructural. Adicionalmente, el trabajo muestra que la utilización de la figura del ECI en Colombia tiene un correlato de larga tradición en el derecho comparado, pues otros tribunales constitucionales y altas Cortes en otras latitudes del mundo también han utilizado decisiones para la solución de problemas de orden estructural. En particular, las sentencias estructurales ECIs se destacan por su *eficacia simbólica*, la cual permite que el Tribunal constitucional intervenga exitosamente en ámbitos de política pública.

2. En el caso del ECI colombiano, este se caracteriza por 6 elementos básicos: (i) su carácter **generalizado**, pues hace alusión a la vulneración masiva de varios derechos de número significativo de personas, en múltiples lugares del territorio nacional; (ii) su carácter **sistemático** pues corresponde a acciones vulneradoras de derechos que guardan un patrón de identidad; (iii) implican un **déficit de protección** institucional por la ausencia notoria de medidas legislativas, administrativas o presupuestales para evitar la vulneración; (iv) pretende resolver una problemática pública **estructural** lo que implica la intervención de varias entidades a través de un conjunto complejo y coordinado de acciones y un esfuerzo presupuestal importante; evidencia la (v) institucionalización de **prácticas inconstitucionales** vulneradoras de los derechos de la población, como la utilización de la tutela para garantizar el derecho vulnerado; y genera una (vi) **congestión del aparato judicial** porque el grupo de personas afectadas acuda de forma masiva a la acción de tutela para la protección de sus derechos.

3. Sobre la relación entre el Derecho y las Políticas Públicas se puede decir que esta es complementaria y que opera en dos niveles. En un primer nivel en el cual el derecho es un marco de referencia de las políticas públicas puesto que las dota de una finalidad (cumplir con los estándares de derechos humanos) hacia la cual dirigen sus objetivos y metas; y en un segundo nivel instrumental, puesto que el Estado utiliza las herramientas tanto del Derecho como de las políticas públicas para amparar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Sobre esta última dimensión se puede precisar que el derecho utiliza como principal instrumento de protección la acción de tutela con la cual se genera una solución concreta a las controversias sobre afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que constituye un nivel de *microprotección* de derechos; por su parte, las políticas públicas son instrumentos de protección que tienen un radio de acción generalizado y que benefician a grandes segmentos de la población frente a problemas públicos estructurales, por esta razón operan en un nivel de *macroprotección* de derechos.

No obstante la complementariedad entre el derecho y las políticas públicas, existe una diferencia importante en las consecuencias respecto al incumplimiento entre las segundas y el primero. Esta diferencia radica en el grado de coercibilidad que implica el incumplimiento de unas y otras. Mientras el incumplimiento de una norma o una decisión judicial acarrea graves consecuencias jurídicas –coercitivas–, el incumplimiento de una política pública no cuenta con ese grado de *eficacia simbólica* que implica el desconocimiento de una orden jurídica. Si bien las políticas públicas son instrumentos del Estado para solucionar una problemática pública, y llevarla a su “*mínima expresión*”, debido a las contingencias político-administrativas a las que están sometidas no puede asegurarse su cumplimiento pleno.

Esta conclusión permite entender que el ECI constituye una fórmula no convencional o *extra-ordinaria* de *enrutamiento* de problemas estructurales, en el que se inicia su exigibilidad a través de mecanismos de *microprotección* de derechos como la acción de tutela, para posteriormente adoptar la forma de políticas públicas a través de la declaratoria de un ECI. Esta fórmula no convencional genera nuevas formas de interrelación y coordinación institucional que a pesar de generar una crisis del principio de separación de poderes, asegura el cumplimiento de las políticas públicas, pues éstas últimas se ven ahora revestidas por la *eficacia simbólica* de las decisiones judiciales, a través de la coercibilidad de las órdenes del máximo juez constitucional.

4. Particularmente, en lo que respecta a la discusión sobre la participación de la Corte Constitucional en las políticas pública se evidenció que en el caso de los ECI, la Corte actúa como mediadora en el proceso de estas. Sin embargo, para lograr el cumplimiento de las mismas necesita de la actuación de los demás órganos del Estado, y especialmente del gobierno, quien es su principal ejecutor.

En relación con el tema existen fuertes críticas sobre la conveniencia y las consecuencias institucionales de la intervención de la Corte en ámbitos de acción que no han sido convencionalmente de su competencia como las políticas públicas. Así por ejemplo se señala que el Tribunal constitucional no tiene las capacidades ni la experticia técnicas para enfrentar las complejidades que implica desarrollar una política pública. Así mismo, se señala que la Corte no está legitimada para intervenir en una política pública pues no es el órgano competente para ello. El punto culmen de estas críticas lleva a señalar que la intervención de la Corte en los ámbitos de las políticas públicas genera una crisis en el principio institucional de separación de poderes públicos que puede terminar en el denominado “*gobierno de los jueces*”.

Frente a estas críticas, existen respuestas contundentes. Así por ejemplo, se argumenta que no existen campos vedados para los jueces pues ellos pueden conocer de diferentes disciplinas a través de la ayuda de expertos que permitan de forma calificada traducir difíciles controversias científicas, políticas o morales en argumentos que puedan ser resueltos por la justicia. Adicionalmente, se explica que la crisis en el principio de separación de poderes surge por el deficiente cumplimiento del gobierno y el legislador en varios de los problemas públicos más complejos que debe solucionar el Estado colombiano. Frente a tal déficit de protección de derechos fundamentales la Corte no puede permanecer indiferente.

5. El análisis de la discusión sobre la crisis del principio de separación de poderes lleva a concluir que este no puede ser entendido en la concepción del liberalismo clásico de los siglos XVII y XVIII. En la dinámica actual de las relaciones entre los diferentes poderes públicos, la separación de poderes está mediada por el cumplimiento del principio de colaboración armónica de las autoridades públicas. En el caso concreto de los ECI se ha demostrado que la Corte ha activado su intervención como respuesta a la inacción de los demás poderes públicos, y en especial del gobierno frente a graves problemáticas que amenazan el respeto, garantía y protección de los derechos fundamentales de diferentes grupos de ciudadanos.

6. Las acciones de la Corte, en contraste con las del Gobierno y el Congreso, se pueden interpretar por una diferencia entre el discurso que defiende la primera, y el que defienden los segundos. Mientras la Corte ha sido más proclive a desarrollar el proyecto del Estado

liberal social (Estado social de derecho) que garantiza la efectividad de los derechos y bienes sociales a los ciudadanos, el gobierno y el legislador se han mostrado más interesados en desarrollar el proyecto del neoliberalismo económico. Estas diferencias discursivas implican fuertes pugnas en el campo jurídico y de las políticas públicas por interpretar y priorizar los ámbitos de desarrollo de éstas últimas.

Como consecuencia de la disputa señalada, se puede afirmar que hasta tanto no exista un acuerdo entre los poderes públicos sobre el desarrollo del proyecto constitucional, esto es entre el del liberalismo social o el del neoliberalismo económico, continuarán las divergencias interpretativas de las normas y las políticas públicas. Tal situación se ve agravada si se tiene en cuenta que en todo caso los proyectos constitucionales señalados son en muchos puntos incompatibles. Así por ejemplo, el modelo de Estado social de Derecho se ajusta más a una fórmula de economía social de mercado, en tanto un proyecto de economía neoliberal se corresponde con un Estado de corte liberal neorregulador que privilegia la actuación del mercado, y que por tanto limitaría la intervención de la Corte en ámbitos de política pública.

7. El análisis de la dinámica del campo de los ECI lleva a concluir que la Corte al evidenciar el incumplimiento de los deberes constitucionales de los demás órganos del poder público en relación con ciertas políticas públicas, utiliza dicha figura como un *referencial* para asegurar que sus órdenes sean cumplidas. En este proceso la Corte ha logrado tres avances importantes:

(i) Ha realizado un seguimiento que ha demostrado su **virtud técnica** a través de la utilización de mecanismos sofisticados de monitoreo de sus órdenes con sistemas como la medición de indicadores de goce efectivo de derechos, sesiones técnicas, audiencias públicas y estrategias como las del establecimiento de los enfoques diferenciales de derechos.

(ii) Adicionalmente, cuenta con una **virtud de eficacia** pues las políticas públicas en las que ha intervenido son cumplidas, debido a que la figura del ECI está revestida de la *eficacia simbólica* del discurso jurídico que, siendo propia de las normas y las decisiones judiciales, ha sido extendida por la Corte a ámbitos de políticas públicas. En este aspecto la evidencia demuestra que una política pública generada a partir de un ECI y promovida por la Corte tiene mayor impacto –*simbólico y material*– que las políticas que son desarrolladas por el gobierno, quien se dice el competente para ello.

(iii) Finalmente, además de la virtud técnica, y de la virtud coactiva, el ECI tiene una última virtud en tanto **empodera a la sociedad civil** a través de un discurso emancipatorio que dota de herramientas a la personas y organizaciones interesadas en solucionar una problemática pública y hacer exigibles los derechos de los afectados por la misma.

Bajo estas condiciones es posible concluir que el proceso impulsado por la Corte no puede ser calificado como una tiranía –o gobierno– de los jueces sino como una herramienta democrática para la protección de derechos fundamentales.

8. No obstante lo anterior, el trabajo también busca advertir los riesgos institucionales que se corren en relación con los ECI. Si bien la Corte trata de ejercer como *mediadora* en la configuración del *campo* que se genera a través del establecimiento de los ECI, su esfuerzo por articular un trabajo entre diferentes actores puede terminar escondiendo el riesgo de que ella sea quien determine qué son las políticas públicas en relación con el problema social que pretende resolver. En este último caso el proceso puede invertirse y terminar decantando la balanza hacia un posible gobierno de los jueces. Frente a esta última preocupación, este trabajo culmina señalando que la única manera de asegurar la eficacia del discurso del Estado social de Derecho radica en la utilización del ECI en su faceta de ejercicio democrático de deliberación y empoderamiento de la sociedad civil.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Victor y Courtis, Christian, (2004), Los derechos sociales como derechos exigibles, Ed. Trotta, Madrid.

ACKERMAN, Bruce, (2007), La nueva división de poderes, Fondo de Cultura Económica, México.

AGAMBEN, Giorgio, (1998), Homo Sacer: El poder soberano y la nuda vida, Ed. Pre-textos, Valencia.

ALEXY, Robert, (2007) Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

- (2002), Teoría de los derecho fundamentales, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

- (1994), Concepto y validez del derecho, Ed. Gedisa, Barcelona.

ÁLVAREZ Díaz, Javier Eduardo, (1992), Análisis de Políticas Públicas, CLAD, Serie Temas de Coyuntura en Gestión Pública, Caracas.

ALVIAR, Helena, (2009), “¿Quién paga o debe pagar los costos del Estado Social de Derecho?”, en: Revista de Derecho Público N° 22, Universidad de los Andes. Págs. 3-17.

ARANGO, Rodolfo, (2012), El concepto de derechos sociales fundamentales, Ed. Legis, 2ª Edición, Bogotá.

- (2004), Derecho, constitucionalismo y democracia, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 33, Bogotá.

ARENDT, Hannah, (1996) La Condición Humana, Paidós. Barcelona.

ARIZA H., Libardo José, (2005), “La prisión ideal: Intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia”, en: Hacia un nuevo derecho constitucional, Uniandes, Bogotá. Pp. 282 a 328.

BAUMAN, Zygmunt, (2007), Vida de Consumo, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.

BERGER, Jonathan (2008), Litigation for social justice in post-apartheid South Africa: A focus on health and education”, en: Varun Gauri y Daniel Brinks, -eds- Courting social justice, Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world, New

York, Cambridge University Press; Liebenberg, Sandra, 2008, "South Africa", en: Malcolm Langford.

BERNAL Pulido, Carlos, (2008), El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

BERGÜA, José Ángel, (2006), Patología de la Modernidad, Papeles del CEIC, Sep., Vol. 6, Vizcaya.

BISSIO, Ricardo, (2007), "Hacia un nuevo contrato social global", en: Informe Social Watch, Montevideo.

BOURDIEU, Pierre, y Teubner Gunter, (2000), La Fuerza del Derecho, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, Pp. 155 – 220.

BOTERO Marino, Catalina, (2006), La acción de tutela en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano, Bogotá, Ed. Consejo Superior de la Judicatura.

BUCHANAN, James M., (2005) Elección pública: génesis y desarrollo de un programa de investigación, Revista asturiana de economía-RAE, N° 33.

CALDERÓN Ramanov, Victoria Alexandra (2010). "Capítulo 2. La perspectiva de H. D. Lasswell (1902-1978) para el análisis de las políticas públicas". En: *Enfoques para el análisis de Políticas Públicas*. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C. pp. 67-96.

CAMINAL, Miquel (2010). "La Política y la Ciencia Política". En: Caminal, Miquel (Editor), *Manual de ciencia política*. Tercera Edición. Tecnos. Madrid. pp. 19-36.

CHEVALLIER, Jacques (2011), "El Estado Posmoderno", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

CLAVIJO, Sergio, (2004), "Descifrando la 'nueva' Corte Constitucional, Ed. Alfaomega S.A., Bogotá.

- (2001), Fallos y fallas económicas de las altas cortes, Ed. Alfaomega S.A., Foro "Corte Constitucional y Economía", Universidad de los Andes, Bogotá.

CORREAS, Oscar, (1993), Crítica de la Ideología Jurídica: Ensayo sociosemiológico, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México.

CUERVO, Jorge Iván, (2007), "Las políticas públicas: entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental (una revisión de los presupuestos teóricos de las políticas públicas en función de su aplicación a la gestión pública colombiana)", en: Ensayos sobre políticas públicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

DURÁN Smela, Diana, (2002) “¿Son políticas públicas las decisiones de la Corte Constitucional? Aproximación al concepto de políticas públicas y su relación con las decisiones judiciales”, en: Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento, Bogotá, Legis.

DWORKIN Ronald, (1993), Los derecho en serio, Ed. Planeta, Barcelona.

- (1992), “El modelo de las normas (I)” en Los Derechos en Serio, Barcelona: Gedisa, pp. 61-101.

EWALD, Francois, (1997), El concepto de derecho social, en: Contextos, Editores del Puerto, Buenos Aires, Pp. 105 a 133.

FAIRCLUGH, Norman, (2003), “El análisis crítico del discurso como método para la investigación en ciencias sociales”, en: Wodak, Ruth y Meyer, Michael, Pp. 179-180.

FERRAJOLI, Luigi, (2011), Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional, Ed. Trotta, Madrid, España.

- (2009), Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia, Ed. Trotta, Madrid.

- (1995), Derecho y Razón. Teoría del garantismo Penal, Ed. Trotta, Madrid.

FIORAVANTI, Maurizio, (1996), Los derechos fundamentales, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Trotta.

FUENTES López, Adriana Patricia, (2005), Corte Constitucional y políticas públicas: Un análisis de la sentencia T-153 y la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia (Tesis).

Gallón G., Gustavo, (Compilador), (1991), Guerra y Constituyente, Ed. Icono Editores, Fundación Friedrich Naumann, Comisión Andina de Juristas: Seccional Colombiana, Bogotá.

GARCÍA Villegas, Mauricio (2014), La Eficacia Simbólica del Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales – IEPRI– , 2ª Ed., Bogotá.

- (2012) Constitucionalismo Aspiracional: Derecho, Democracia y Cambio Social en América Latina, en: revista Análisis Político, Vol. 25, N° 75, May/Ago, Bogotá.

GARCIA, Mauricio y UPRIMNY, Rodrigo, (2002) "La reforma a la tutela: ¿Ajuste o desmonte?", en: *Revista de Derecho Público*, 15, Universidad de los Andes.

GARGARELLA, Roberto, (1996), *La Justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ed. Ariel, Barcelona.

- (1997), "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 6, abril, Pp. 55-70.

GUARNERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia, (1999), *Los Jueces y la Política: Poder judicial y democracia*, Ed. Taurus, Madrid.

HARDT, Michael, y NEGRI, Antonio, (2001), *Imperio*, Ed. Desde abajo, Bogotá.

HART, H.L.A., (1995), "Regla de reconocimiento y validez jurídica" en *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 125-137.

HART, H. L. A., (1998), *El concepto de derecho*, Ed. Abelado Perrot, Buenos Aires.

HABERMAS, Jürgen, (1998), *Facticidad y Validez*, Ed. Trotta, Madrid, pp. 263-280.

- (1989) "Marx y la tesis de la colonización interna" (Tomo II) en *Teoría de la Acción Comunicativa*, Buenos Aires: Taurus, pp. 502-527.

- (1981) *Historia y crítica de la opinión pública, La transformación estructural de la vida pública*, Barcelona.

HERNÁNDEZ, Gustavo (1999). "El Análisis de las Políticas Públicas: Una disciplina incipiente en Colombia". En: *Revista de Estudios Sociales No.4*. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de los Andes. Bogotá. Colombia. pp. 80-91.

IBAÑEZ Najar Jorge Enrique, (2003), *Corte Constitucional: ¿Autoridad económica?*, en: Molina Betancourt, Carlos Mario (Ed.), *Corte Constitucional: 10 años, Balance y Perspectiva*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, 2003.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, (2009), *Justiciabilidad de los DESC*. San José de Costa Rica.

JELLINEK, Robert, (2003), *La declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Ed. UNAM, México.

JIMÉNEZ, William Guillermo (2009). "El Enfoque de Políticas Públicas y los Estudios sobre Gobierno". En: *Análisis y Evaluación de Políticas Públicas: Debates y Experiencias*

en Colombia. Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia. Editora Guadalupe S. A. Bogotá D.C.

JONES, C. O. (1970). *An Introduction to the Study of Public Policy*. Belmont: Wadsworth.

KALMANOVITZ, S, Moncayo, V. M., Gaviria, C., Uprimny, R., Villa, W., Uribe, M. T., et al. (2002), "Constitución y modelo económico", en: *El debate a la Constitución*. Bogotá, ILSA, Págs. 117-224.

KELSEN, Hans, (1995) *Teoría Pura del Derecho*, Ed. Porrúa, México.

- (1977), *Esencia y valor de la democracia*, Ed. Guadarrama, Madrid.

- (1960), "El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica" en *Teoría Pura del Derecho*, México: Porrúa, 1997, pp. 201-232.

KRAMER, Larry (2011), *Constitucionalismo Popular y control de constitucionalidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid.

LANDAU, David, (2011), *Instituciones Políticas y Función Judicial en Derecho Constitucional Comparado*, *Revista de Economía Institucional*, Vol 13, N° 24, primer semestre, Pp. 13-83.

LASSWELL, Harold D. (1951), "The Policy Orientation". In: Lerner, Daniel and Lasswell, Harold (Ed.) *The Policy Sciences. Recent Developments in Scope and Method*. Stanford University Press. Stanford. California. pp. 3-15.

LOCKE John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, capítulo 11 Ed. Alianza editores, Madrid, 1990.

LÓPEZ Medina, Diego Eduardo, (2008), *El derecho de los jueces*, Bogotá, Colombia, Ed. Legis S.A.

- (2004), *Teoría Impura del Derecho*, Ed. Legis, Bogotá.

LUHMANN, Niklas, (2002), *El derecho como sistema social*, *Revista No Hay Derecho*, Universidad de Buenos Aires, N°11, Pp. 29-33.

- (1998), *El Derecho de la Sociedad*, Universidad Iberoamericana, Ed. Herder, pp. 152 – 157.

MANY, Yves y THOENIG, Jean-Claude. (1992). "Introducción general", "Políticas Públicas y Teoría del Estado". En: *Las políticas públicas*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. pp. 7-10, 43-82.

MEDELLÍN Torres, Pedro, (2004), La política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad, CEPAL, Santiago de Chile.

MEJIA Quintana, Oscar, (2010), "*Modelos alternativos de democracia deliberativa: una aproximación al estado del arte*", Universidad EAFIT, Co-herencia, vol. 7, núm. 12, ene-junio, Pp. 43-79, Medellín.

- (2006), "Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho" en Revista Pensamiento Jurídico (No. 16), Bogotá, D.C.: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (UNC), pp.171-206.

- y Guzmán, Natalia, (2002), La Corte Constitucional: Entre la emancipación social, y la eficacia sistémica, en: Pensamiento jurídico N° 15, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

MENCKE C. y Pollman A., (2010) Filosofía de los Derechos Humanos, Ed. Herder, Barcelona.

MOLINA Betancourt, (2003), El nuevo gobierno constitucional, en: Molina Betancourt, Carlos Mario (Ed.), Corte Constitucional: 10 años, Balance y Perspectiva, Centro Editorial Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, 2003.

MONCAYO, V. M., Gaviria, C., Uprimny, R., Villa, W., Kalmanovitz, S., Uribe, M. T., et al., (2002), "Constitución y modelo económico", en: El debate a la Constitución. Bogotá, ILSA, Págs. 117-224.

MONTESQUIEU, Charles-Louis, (1990), El espíritu de las leyes, Ed. Oveja Negra.

MOTTA, Cristina, (1995), "Intereses y derecho: la transición al estado social", en: Ética y conflicto: Lecturas para una transición democrática, ediciones Uniandes, Ed. Tercer mundo, P. 207-233

MÜLLER, Pierre (2006). Políticas Públicas. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

MURALIDHAR, (2008) "India", en Malcolm Langford, ed. Social rights jurisprudence; Shankar, Shylashri y Pratap Bhanu Mehta (2008), "Courts and socioeconomic rights in Brazil", en: Varun Gauri y Daniel Brinks: "Courting social justice, Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world, New York, Cambridge University Press.

MURCIA, Diana Milena, (2009), Estado de cosas inconstitucional: Desplazamiento forzado ¿Y ahora qué?, Bogotá, Ed. Corporación Jurídica Yira Castro.

PARDO Abril, Neyla Graciela. (2013), Como hacer análisis crítico del discurso: una perspectiva latinoamericana, Universidad Nacional de Colombia, Ed. OPR Digital, Bogotá.

PARDO, María Laura, (1996), Derecho y Lingüística: cómo se juzga con palabras, Ed. Nueva visión, Buenos Aires.

PARSONS, Wayne, Políticas públicas. Flacso, Miño y Ávila Editores, México D.F.

PEÑA Muñoz, Oscar Javier, (2012), La validez del sistema jurídico colombiano a la luz de la jurisprudencia constitucional: los límites de la jurisprudencia emancipatoria, Tesis de Maestría en Derecho, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.

PÉREZ Murcia, Luis Eduardo, Rodríguez Garavito, Cesar, Uprimny Yepes, Rodrigo, (2007), Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derecho y políticas públicas, Dejusticia, Bogotá.

RAWLS, John, (2002), Ideas fundamentales en La Justicia como Equidad: Una reformulación, Ed. Paidós, Barcelona.

REALES, Clara Elena, y Torres Mantilla, Juan, (Eds.), (2010), Los caminantes invisibles: La experiencia de la sentencia T-025 de 2004 y sus autos de seguimiento. Herramientas para el diseño, la implementación y el seguimiento de políticas públicas con enfoque de goce efectivo de derechos, Bogotá, Ed. Consejo Noruego para Refugiados.

RESTREPO, Juan Camilo, (2003), A quien le corresponde decretar el gasto público en Colombia: ¿al Congreso nacional o a la Corte Constitucional?, en: Molina Betancourt, Carlos Mario (Ed.), Corte Constitucional: 10 años, Balance y Perspectiva, Centro Editorial Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, 2003.

RODRÍGUEZ Garavito, Cesar, y RODRÍGUEZ Franco, Diana, (2015), Juicio a la Exclusión: “El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global”, Ed. Grupo Editorial Siglo XXI, Buenos Aires.

- (2010), Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–.

RODRÍGUEZ Cesar y ALBARRACÍN Mauricio, (2011) ¿Sentencias de Papel? Efectos y Obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia, Universidad de los Andes, Programa de Justicia Global, Documento Número 6, Bogotá.

RODRÍGUEZ Garavito, Cesar (Coord.), (2009), Mas allá del desplazamiento: Políticas, derecho y superación del estado de cosas inconstitucional, Bogotá, Ediciones Uniandes.

RODRIGUEZ, R., Libardo, (2009), *Estructura del Poder Público en Colombia*, Ed. Temis, Bogotá.

ROSE, Richard (1998). *El gran gobierno. Un acercamiento desde los programas gubernamentales*. Fondo de Cultura Económica. México, D.F.

ROTH Deubel, André-Noël, (2010). "Capítulo 1. Las políticas públicas y sus principales enfoques analíticos". En: *Enfoques para el análisis de Políticas Públicas*. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C. pp. 17-65.

- (2009), "Ensayo Introductorio, Las políticas públicas como campo de estudio", en: *Análisis y Evaluación de Políticas Públicas: Debates y Experiencias en Colombia*. Bogotá. Universidad Nacional.

- (2008), *Perspectivas teóricas para el análisis de las políticas públicas: ¿de la razón científica al arte retórico?*, *Estudios Políticos*, ISSN 0121-5167, N° 33, Medellín, julio-diciembre, Pp. 67-91.

- (2007). "Teorías y Marcos de Análisis para las Políticas Públicas" contenido en *Fundamentos de política pública*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

- (2007). "Los abordajes teóricos del análisis de políticas públicas ¿Dónde está América Latina?" Contenido en: *Políticas Públicas en Sistemas Críticos*. Universidad Nacional de Colombia. Medellín.

- (2003), *Globalización, derecho y justicia: El Estado y las políticas públicas entre justicia formal y justicia material*. VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, Pp. 28-31.

- (2002), *Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación.*, Ediciones Aurora, Bogotá.

SALAZAR Vargas, Carlos (2009). *Políticas Públicas & Think Tanks*. Editorial Konrad Adenau Stiftung. Bogotá. Colombia.

- (1999), *Las políticas públicas*, Pontificia Universidad Javeriana, Revista Colección Profesores, N° 19, Bogotá.

SAFFON, Paula, y GARCÍA Villegas, Mauricio, (2011), "Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia", Universidad del Rosario, Revista Estudios Socio-jurídicos, enero-junio, Pp. 75-107, Bogotá.

SANCHEZ, Abraham, (2005), Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad, Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá.

SANCHEZ, Deisy; ballesteros, Magnolia y Martínez Alberto (2010). “La perspectiva narrativa de Emery Roe” contenido en: Enfoque para el Análisis de Políticas Públicas. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

SEN, Amartya, (2010), La Idea de la Justicia, Ed. Taurus, Bogotá.

SEERVAI, H.M., (1979), El federalismo en la India: La Constitución y la Suprema Corte de la India, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Mexico.

SERRANO, Rocío y vera, Alfredo (2010). “El Advocacy Coalition Framework, de Paul A. Sabatier: un marco de Análisis de Política Pública basado en coaliciones promotoras” contenido en: Enfoque para el Análisis de Políticas Públicas. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada SNAIPD, (2010), Informe del gobierno nacional a la Corte Constitucional sobre la superación del estado de cosas inconstitucional declarado mediante la sentencia T-025 de 2004, Bogotá.

SCHMITT, (1998), Carl, El concepto de lo político, Madrid, Alianza.

SOUZA SANTOS, Boaventura de, y GARCÍA Villegas, Mauricio, (2001) El caleidoscopio de las justicias en Colombia: Análisis socio-jurídico, Ed. Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

TEUBNER, Gunter, (2000), “Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno” en P. Bourdieu y G. Teubner, La Fuerza del Derecho, Bogota: Siglo del Hombre, pp. 123-143.

TEUBNER, Gunter, (1993), “La nouvelle auto-referentialité” en: Le Droit : un Systeme Autopoiétique, Paris : PUF, pp. 25-42.

UPRIMNY, Rodrigo, (2006), “The enforcement of social rights by the colombian constitutional court: cases and debates”, en: Gargarella, Roberto (et. al.), (2006), Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?, Buenos Aires.

- (2006), “Introducción metodológica”, en: Libertad de prensa y derechos fundamentales: Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005), Bogotá, Colombia, Ed. Andiaros, Fundación Konrad Adenauer, Dejusticia.

- y García Villegas, (2004), "Corte constitucional y emancipación social en Colombia", en: De Sousa Santos, Boaventura, y García Villegas, Mauricio (eds.), Emancipación social y violencia en Colombia, Ed. Norma, Bogotá.

- (2003), "Legitimidad y conveniencia del control constitucional en la economía", en: Burgos Germán (ed.), Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?, Bogotá, ILSA Págs. 1-32

VALDIVIA Rodríguez, Carlos Manuel (et. al.), (2011), "*La declaración del Estado de cosas inconstitucional dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*", Perú.

VAN DIJK Teun, (2011). Sociedad y Discurso. Editorial Gedisa. Barcelona

- (2003), Análisis del Discurso, Manual para las ciencias sociales, EDIOUC, Barcelona.

- (2001). Ideología y Discurso. Editorial Ariel. Barcelona

VARGAS, Alejo, (2001), Notas sobre el Estado y las políticas públicas, Ed. Almudena, Bogotá.

WIESNER, Durán, Eduardo, (2004), El origen del déficit fiscal en Colombia: el contexto internacional 20 años después, Archivos de Economía, Dirección de Estudios Económicos del Departamento Nacional de Planeación, Documento 251, Bogotá.

WODAK, Ruth y Meyer, Michael, (2003), Métodos y análisis crítico del discurso, Ed. Gedisa, Barcelona.