

La defensa judicial de la Constitución en el constitucionalismo colombiano. Balances y perspectivas después de dos décadas

*Claudia Escobar García**

RESUMEN

Este artículo pretende explicar el auge que, en Colombia, ha tenido la defensa judicial de la Constitución. Para tal efecto, se hace una breve caracterización del constitucionalismo colombiano, identificando y explicando ocho de sus rasgos: la existencia de una historia y de una tradición de control constitucional, la defensa de la Constitución como asunto público, la Carta Política como norma *invasiva* de la vida social, económica y política del país, la desconcentración del control constitucional, la construcción permanente y progresiva del constitucionalismo por vía judicial, el diálogo con otros sistemas constitucionales, la existencia de una *identidad* constitucional, y la continuidad relativa con el sistema y la tradición jurídica. Con fundamento en esta caracterización, se obtendrán algunas conclusiones sobre la defensa judicial de la Constitución.

PALABRAS CLAVE: constitucionalismo colombiano, defensa judicial de la Constitución, activismo constitucional, justicia constitucional invasiva, identidad constitucional.

SUMMARY

This article intends to explain the peak that judicial defense of the Constitution has experienced in Colombia. For such purpose, the study starts with a brief characterization of the Colombian Constitutionalism, identifying and explaining eight features of this phenomenon: the existence of a history and a tradition of constitutional control; the defense of Constitution as a public issue; the Constitution as an invasive rule in the social, economical and political destiny of the country; the dispersal of constitutional control; the permanent and progressive judicial construction of constitutionalism; the dialogue with other constitutional systems; the existence of a constitutional identity; and, the relative continuity with the juridical system and tradition. Over the basis of this characterization, we will obtain several conclusions around the judicial defense of the Constitution.

* Docente de Argumentación Jurídica y Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y varias universidades del país.

KEY WORDS: Colombian constitutionalism, Juridical defense of the Constitution, constitutional activism, invasive constitutional justice, constitutional identity.

FORO

INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo colombiano ha capturado la atención del mundo entero, no solo por el origen de la actual Constitución, ligado al movimiento estudiantil de la Séptima Papeleta y a la conclusión del proceso de paz con el movimiento guerrillero M-19, sino sobre todo por las consecuencias que de ella ha extraído el órgano rector del sistema: la Corte Constitucional. Abogados dedicados a la academia y al litigio; juristas, sociólogos, antropólogos y economistas; colombianos, ecuatorianos, peruanos, españoles y alemanes; mujeres y hombres; mayores y menores de edad; constitucionalistas, civilistas, tributaristas y laboralistas; académicos y activistas; liberales y conservadores, de derecha y de izquierda; creyentes, agnósticos y ateos; todos, sin excepción, han tenido algo que decir. La justicia constitucional ha sido blanco de todo de tipo de alabanzas, críticas, análisis y estudios: calificada como la mejor Corte de América Latina por unos, por otros tildada como un conjunto de “burriconsultos”.¹ En cualquier caso, la justicia constitucional colombiana, y en particular la Corte Constitucional, constituye un referente obligado en el constitucionalismo contemporáneo.

El presente escrito pretende ofrecer una explicación a este fenómeno: ¿por qué la justicia constitucional colombiana ha marcado un hito en el constitucionalismo contemporáneo?

La respuesta a este interrogante se estructura en torno a ocho rasgos de la defensa judicial de la Constitución en Colombia: la existencia de una historia y de una tradición de control constitucional, la defensa de la Constitución como asunto público, la Carta Política como norma “invasiva” de la vida social, económica y política del país, la desconcentración del control constitucional, la construcción permanente y progresiva del constitucionalismo por vía judicial, el diálogo con otros sistemas constitucionales, la existencia de una “identidad” constitucional, y la continuidad relativa con el sistema y la tradición jurídica. Una vez definidos y explicados estos ras-

1. Expresión utilizada por el ex ministro de Hacienda y Crédito Público, Rudolf Hommes Trujillo, para referirse a las decisiones económicas de la Corte Constitucional. Cfr. diario *El Colombiano*, 4 de julio de 1999.

gos, se extraerán algunas conclusiones sobre la defensa judicial de la Constitución en general, y en particular en Colombia.

CARACTERIZACIÓN DE LA DEFENSA JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN EN COLOMBIA

HISTORIA Y TRADICIÓN DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Se suele suponer que la expedición de la Constitución Política de 1991, y con ella la creación de la Corte Constitucional, marca el nacimiento del constitucionalismo colombiano. Se tiende a creer que éste se encontraba en una especie de letargo durante los dos siglos de existencia republicana, y que con el nacimiento de la Corte floreció y nació a la vida con una fuerza inusitada. El “auge” del constitucionalismo colombiano, según esta versión, se explicaría por un nuevo texto constitucional ejemplar en la región, y por una corte sin precedentes.

Si bien es cierto que la nueva Constitución marcó un verdadero hito, y que la Corte Constitucional colombiana ha llevado a límites insospechados su misión de garantizar la vigencia de los derechos y la supremacía constitucional, también lo es que en el país existe una auténtica, compleja y rica historia y tradición constitucional que descarta esta hipótesis. Una superficial revisión de la historia colombiana revela que la defensa judicial de la Constitución se remonta hasta los inicios de la República, y que a partir de entonces ha existido un permanente y progresivo proceso de expansión en el control constitucional. De este modo, las evidentes fortalezas del constitucionalismo colombiano (y de la Corte Constitucional) no son un “milagro” ni un fenómeno casual o azaroso, sino el resultado de esta lenta pero continua e ininterrumpida evolución.

En primer lugar, el control constitucional tiene ya una larga historia.² Incluso antes de la independencia definitiva del país en 1919, la Constitución de la provincia de Cundinamarca de 1811 estableció una especie de control constitucional del sistema jurídico. En efecto, el Senado de Censura y Protección, que pese a su denominación tenía una eminente naturaleza jurisdiccional, debía declarar la “infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres poderes ejecutivo, legislativo y judicial”, de oficio o a solicitud de cualquier ciudadano, y debía resolver sobre los vicios de los proyectos de ley objetados por el gobierno nacional por vicios materiales o procedi-

2. Cfr. Manuel José Cepeda, “La Defensa Judicial de la Constitución. La Gran Fortaleza Colombiana”, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2009, pp. 581-628.

mentales. De igual modo, diversas Constituciones a lo largo del siglo XIX consagran ciertas modalidades de control; así, la Constitución de 1863 atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la competencia para suspender provisionalmente los actos proferidos por las autoridades estatales, mientras el Senado adoptaba una decisión definitiva; al amparo de este modelo, en tan solo tres años (1875-1878) fueron suspendidos 52 leyes estatales por la justicia constitucional.³

A partir de la expedición de la Constitución de 1886, cuya vigencia perduraría hasta el año de 1991, se fortaleció progresivamente la defensa judicial de la Carta Política, y se definieron los grandes lineamientos del control constitucional, que en su gran mayoría permanecen aún vigentes. Inicialmente la Constitución de 1886 dispuso que la Corte Suprema de Justicia debía resolver de manera definitiva sobre las objeciones presidenciales a los proyectos de ley, cuando el Congreso rechazara la respectiva objeción. La Corte Suprema debía entonces realizar un control previo y abstracto de constitucionalidad activado por el Presidente de la República, y sus fallos tenían efectos generales. Esta previsión normativa no se quedó en el papel, y por el contrario, en el 71% de las sentencias se declaró la inconstitucionalidad de la respectiva ley; así, en 1887 se declaró la inconstitucionalidad de una ley que concedió una pensión a la familia de un sargento (Ricardo O'Levy), fundada en la disposición constitucional que impedía las denominadas "pensiones gratuitas". En otros casos se pronunció sobre la constitucionalidad de otras pensiones gratuitas, sobre la rendición de honores a personas ilustres que habían muerto, y sobre decretos dictados por un Presidente encargado que no se había posesionado como tal ante la propia Corte Suprema de Justicia. Podría incluso hablarse de una suerte de "activismo judicial", como cuando la Corte se pronunció oficiosamente sobre la constitucionalidad de unos decretos legislativos de estado de sitio referidos a términos judiciales, sin que mediara ninguna objeción presidencial.⁴

El año de 1910 marca un hito en la historia constitucional colombiana: por un lado, el Acto Legislativo No. 3 introdujo la conocida "excepción de inconstitucionalidad", en virtud de la cual los jueces deben inaplicar las disposiciones infraconstitucionales que consideren incompatibles con la Carta Política en los casos concretos sometidos a su conocimiento, sin tener que remitir en consulta o enviar un informe especial a la Corte Suprema de Justicia para que resuelva de manera general sobre la inconstitucionalidad de la respectiva disposición. Por otro lado, consagró la famosa "acción pública de inconstitucionalidad", que faculta a cualquier ciudadano a demandar ante la Corte Suprema de Justicia, la inconstitucionalidad de las leyes. El año de

3. Manuel José Cepeda, "La Defensa Judicial de la Constitución. La Gran Fortaleza Colombiana", pp. 587-589.

4. *Ibid.*, pp. 589-590.

1910, entonces, marca el nacimiento de los controles concreto y abstracto de constitucionalidad, tal como existen hoy en día en el país. Así pues, paradójicamente el control abstracto de constitucionalidad nació en Colombia mucho antes de que fuese ideado por su padre, Hans Kelsen, y de que fuese implementado en los países europeos a mediados del siglo XX.

A partir de entonces comenzó a ampliarse vertiginosamente el espectro del control constitucional. Con la introducción del Estado social de Derecho en 1936 y la correspondiente ampliación del catálogo de derechos y principios orientadores del Estado colombiano, el control constitucional se tornó más estricto, pues los parámetros de control resultaron ahora sustancialmente más exigentes. Con la reforma constitucional de 1945 se atribuyó el control de los actos administrativos al Consejo de Estado, para evitar los recurrentes conflictos de competencia que se presentaron entre este órgano y la Corte Suprema de Justicia; con este nuevo diseño, a la Corte Suprema de Justicia únicamente se le atribuyó la competencia sobre las leyes y sobre tres categorías de decretos: los decretos de estado de sitio, los decretos extraordinarios dictados en virtud de una delegación legislativa, y los decretos de autorización para negociación de empréstitos y ejercer otras funciones presidenciales. Con la reforma constitucional de 1968, el control constitucional de los decretos de estado de sitio (hoy “estados de excepción”) pasó a ser automático, y expresamente se estableció el control procedimental de las leyes.⁵

Así pues, dentro de este marco normativo, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado cumplieron la función de garantizar jurisdiccionalmente la supremacía constitucional durante todas estas décadas. En promedio, la Corte Suprema de Justicia expidió alrededor de 24 sentencias de constitucionalidad por año, aunque con un margen de desviación notable: mientras en los primeros años el promedio fue de 7, entre 1975 y 1991 alcanzó un promedio de 94.⁶ Estas variaciones se explican no solo por la “inflación legislativa” de las últimas décadas, sino también por la importancia que progresivamente adquirió el control de constitucionalidad del sistema jurídico en Colombia.

Dentro de estos fallos se destacan los referidos a los decretos legislativos (estados de excepción) y a los decretos dictados con fundamento en las leyes de facultades extraordinarias. En promedio, el 25% de dichos actos fueron declarados inconstitucionales. Y aunque en términos generales la Corte Suprema de Justicia fue “complaciente” y “tímida” en el desempeño de su labor (como cuando declaró la constitucionalidad de múltiples decretos legislativos restrictivos de las libertades públicas, o

5. *Ibid.*, pp. 591-599.

6. *Ibid.*, pp. 610-623.

como cuando se inhibió de pronunciarse sobre la ley aprobatoria del tratado por medio del cual se cedió Panamá a Estados Unidos), su desempeño no puede ser despreciado. En diversas oportunidades declaró la inconstitucionalidad de leyes y decretos contrarios a la Constitución (como lo demuestra el hecho de que aproximadamente el 25% de las sentencias declararon la inexecutable total o parcial), e incluso, sin estar expresamente facultada para ello, declaró la constitucionalidad condicionada de diversas disposiciones mediante lo que hoy se conoce como “sentencias interpretativas”,⁷ y asumió la competencia sobre las leyes aprobatorias de tratados internacionales y las reformas constitucionales; precisamente, con fundamento en esta competencia, impidió diversas reformas constitucionales durante la década de los 70, declaró la inconstitucionalidad del famoso y controvertido tratado de extradición con Estados Unidos, y finalmente avaló la convocatoria para la Asamblea Constituyente que dio lugar a la actual Constitución.

De esta manera, la defensa de la Constitución por vía judicial tiene ya una larga historia en el constitucionalismo colombiano. El modelo previsto en la Constitución de 1991 (como la distribución de competencias entre la Corte Constitucional y la jurisdicción de lo contencioso administrativo, o el alcance del control sobre las reformas constitucionales y los tratados internacionales) se explica por referencia a este desenvolvimiento histórico. Lo anterior de ningún modo significa que la Constitución del 91 sea una mera reproducción del sistema anterior, sino más bien que la experiencia permitió identificar las debilidades, las necesidades y las fortalezas existentes, y que a partir de este diagnóstico se establecieron los actuales lineamientos del sistema de control constitucional en el país.

Pero no solo ha existido una larga y continua tradición en la defensa judicial de la Constitución, sino que además se han dado las condiciones institucionales y culturales para el fortalecimiento de la justicia constitucional. Entre otras cosas, el nivel de institucionalidad y de independencia judicial, al menos en el contexto regional, es excepcionalmente alto. Esta institucionalidad e independencia de la justicia se pone en evidencia cuando se constata que nunca en la historia se ha registrado el enjuiciamiento político o la destitución de sus miembros, pese a las muy controvertidas decisiones que la justicia ha adoptado a lo largo del tiempo en las más diversas cuestiones: relaciones internacionales, estrategias de ataque a los grupos armados, manteni-

7. Muchas sentencias de este tipo se encuentran en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Este es el caso de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2 de agosto de 1912, en la que se dispone que el artículo 2 de la Ley 40 de 1905 no comprende a los propietarios de minas de esmeraldas que hayan redimido antes de la vigencia del Decreto No. 48 de 1905.

Cfr. Manuel José Cepeda Espinosa, “Sentencias con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo”, ponencia presentada en las XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, 2004. Disponible en: <http://www.webpondo.org/filesoctdic2004/cepeda2.pdf>. Último acceso: 12 de marzo de 2010.

miento del orden público, intervención del Estado en la economía, reformas constitucionales, las relaciones entre el Estado y la Santa Sede, entre otros. Ni las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que impidieron las reformas constitucionales o que declararon la inconstitucionalidad de tratados internacionales que establecían la extradición de narcotraficantes a Estados Unidos, ni las decisiones de la Corte Constitucional que declaran inexecutable Actos Legislativos que reforman la Constitución, declaratorias de estado de excepción o de leyes del sistema financiero en materia de vivienda, ni las tutelas que al reconocer los derechos sociales han establecido múltiples obligaciones a cargo del Estado, han dado lugar al cuestionamiento de la justicia constitucional.

Un hecho reciente es bien significativo: hace unas pocas semanas, la Corte Constitucional expidió la hoy famosa sentencia C-141/10 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), en la que se declaró la inconstitucionalidad de la ley 1354 de 2009, expedida por el Congreso para convocar un referendo, reformar la Constitución y admitir una nueva reelección del presidente Uribe. Pues bien, pese a la amplia popularidad del presidente Uribe, al esfuerzo económico y político que se hizo para tramitar la recolección de firmas y el trámite de la respectiva ley, y al amplio respaldo institucional con el que contaba la reelección, la decisión fue respetada sin ningún tipo de cuestionamientos. El mismo presidente Uribe, minutos después de que la Corte difundió su decisión a través de un comunicado de prensa, se presentó por los medios televisivos aceptando la decisión de la justicia y destacando la prevalencia del estado de derecho sobre el estado de opinión en una democracia como la colombiana.

Así pues, la legitimidad de la Corte Constitucional es algo que ella misma se ha ganado a pulso, pero también el resultado del alto nivel de institucionalidad e independencia que históricamente ha tenido el Poder Judicial en Colombia.

Por lo demás, condiciones de tipo cultural explican el desarrollo del constitucionalismo colombiano. En efecto, la confianza que en Colombia se ha depositado en el Derecho en general, ha provocado, entre otras cosas, el alto nivel judicialización de conflictos de orden político, económico y social, así como una marcada actividad intelectual que comprende fenómenos como traducción de obras jurídicas, producción académica, cierto nivel de rigor en la enseñanza universitaria, entre otros. De esta manera, el “auge” del constitucionalismo colombiano hace parte y se inscribe dentro de este fenómeno más amplio.

Lo anterior significa que el constitucionalismo de un país no es algo que se construya a base de “golpes de suerte”, con el diseño de una buena Constitución o con la genialidad de 9 magistrados. Por el contrario, un texto constitucional adecuado o la genialidad de 9 magistrados solo son posibles en contextos que ofrecen estas condiciones de tipo cultural e institucional; solo a partir de esta plataforma y de este am-

plio y complejo proceso de construcción, es posible el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal del derecho constitucional.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN COMO ASUNTO PÚBLICO

Otro de los rasgos característicos es que la defensa judicial de la Constitución constituye un asunto público al que todas las personas tienen acceso. Como en ninguna otra rama del derecho, las personas en general, y no solo los abogados, se encuentran involucrados de una u otra manera con la defensa judicial de la Constitución: amas de casa, movimientos y organizaciones sociales, estudiantes de colegio, universitarios, pequeños y grandes empresarios, desempleados, trabajadores, personas privadas de la libertad, políticos, gremios profesionales, grupos étnicos, académicos, comerciantes informales, entre muchos otros, acuden a la justicia constitucional y depositan en ella la esperanza de encontrar solución a sus problemas. En otras palabras, los conflictos sociales, políticos y económicos del país suelen ser entendidos e interpretados como asuntos constitucionales, y de este modo son judicializados ante la justicia constitucional.

Esta suerte de “activismo constitucional” se encuentra determinado por distintos factores. Entre otras cosas, el diseño normativo de los mecanismos de defensa de la Constitución ha contribuido a que la sociedad se involucre con el litigio constitucional. Como se explicó anteriormente, históricamente estos mecanismos han tenido una gran amplitud, especialmente el relativo al control abstracto de constitucionalidad. Desde 1910, la acción de inconstitucionalidad puede ser promovida por cualquier ciudadano y a partir de 1991, la acción de tutela puede ser propuesta por cualquier persona cuyos derechos se encuentren amenazados o violados, incluso a través de agentes oficiosos y sin necesidad de abogado; y las denominadas acciones populares, diseñadas para proteger los derechos colectivos, no solo pueden ser propuestas por cualquier persona sin necesidad de abogado, sino que además se ha fijado un estímulo económico significativo para sus promotores, como se explicará más adelante.

Con respecto al control abstracto de constitucionalidad, a partir de 1910 se consagró una acción de inconstitucionalidad pública y abierta, de modo que por regla general cualquier ciudadano puede proponer una acción en contra de las reformas constitucionales, de las leyes y de los decretos con fuerza de ley ante la Corte Constitucional (art. 242.1 C.P.), o de cualquier otro acto normativo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (jueces y tribunales administrativos y Consejo de Es-

tado).⁸ De igual modo, cualquier ciudadano puede participar en el respectivo proceso de inconstitucionalidad mediante las denominadas “intervenciones ciudadanas”, presentado sus argumentos y razones para defender o impugnar la constitucionalidad de la disposición sujeta a control (art. 242.1 C.P.), todas las cuales deben ser tenidas en cuenta por el juez constitucional al momento de resolver los problemas jurídicos. Como la constitucionalidad del sistema jurídico es un asunto público que interesa a todos, no se requiere ni indicar ni demostrar interés legítimo en la cuestión, y mucho menos actuar a través de abogado. De este modo, mientras en otras latitudes el control constitucional es activado por órganos del Estado como el Presidente de la República o el Parlamento, o en el mejor de los casos la participación ciudadana se condiciona al cumplimiento de cargas especiales (como la obtención de cierto número de firmas de respaldo), en Colombia cualquier ciudadano puede hacerlo.

Esto explica que el nivel de litigio constitucional en el país sea excepcionalmente alto, y que gran parte de los conflictos que se originan en la producción normativa sean canalizados a través de este mecanismo judicial. De esta manera, las inconformidades con el proceso de producción normativa o con su contenido o las luchas entre partidos y movimientos políticos o entre los grupos mayoritarios y las minorías, se traducen en vicios de inconstitucionalidad que se canalizan mediante un proceso de inconstitucionalidad abstracta. En otras palabras, en Colombia este tipo de problemas no se solucionan con marchas, protestas o artículos de periódico, sino fundamentalmente con demandas.

Bastante significativo es el hecho de que en procesos de inconstitucionalidad abstracta con alto impacto político o que se refieren a temas sensibles, como la reelección presidencial, la ley de justicia y paz o los tratados de libre comercio, la participación ciudadana tenga niveles sorprendentes de participación. Este es el caso de la sentencia C-551/03, en la que se estudió la constitucionalidad de la ley que convocaba al referendo promovido por el gobierno de Uribe Vélez para reformar la Constitución; dentro de las intervenciones ciudadanas se encuentran personas vinculadas al gobierno nacional o a los gobiernos locales, sindicalistas, empresarios y comerciantes, estudiantes de derecho, organizaciones sociales, profesionales, profesores de colegio y de universidades, trabajadores del sector privado, entre muchos otros. Pero sin lugar a dudas, las participaciones públicas dentro del proceso que dio lugar a la

8. Se afirma que *en general* las acciones de inconstitucionalidad pueden ser propuestas por cualquier ciudadano, puesto que en los casos de control automático ello no es necesario. En el caso colombiano existe un control automático de los decretos legislativos (que declaran y se dictan con fundamento en los estados de excepción), de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales, de las leyes estatutarias, de las leyes que convocan un referendo, entre otras. En los demás casos el control debe ser activado mediante una demanda de inconstitucionalidad.

despenalización parcial del aborto en Colombia, no tiene precedentes en la historia constitucional: nacionales y extranjeros,⁹ hombres y mujeres, personas naturales y personas jurídicas, instituciones públicas¹⁰ e instituciones privadas, mayores y menores de edad, médicos¹¹ y abogados, estudiantes y profesores,¹² religiosos¹³ y laicos, organizaciones sociales,¹⁴ reconocidos activistas,¹⁵ movimientos de mujeres¹⁶ y movimientos de hombres,¹⁷ institutos de investigación¹⁸ y ONG, personas reconocidas en el mundo académico¹⁹ y político, y ciudadanos del común, redes internacionales²⁰ y asociaciones de padres de familia de jardines infantiles, concurren para presentar todo tipo de razonamientos, argumentos, estadísticas, estudios, definiciones, referencias jurisprudenciales y doctrinales, entrevistas y estudios empíricos. Tampoco es extraño encontrar sentencias que han sido promovidas por “ciudadanos de la calle”; este es precisamente el caso de la sentencia expedida recientemente por la Corte, en la que se declaró la inconstitucionalidad del artículo del Código Civil que impedía

-
9. Este es el caso de Linda Flowers, Michel Scarpelanda, Gianfranco Mazzanti, Stephan Presser o Ann Moore.
 10. Este es el caso del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), de la Defensoría del Pueblo, del Ministerio de Protección Social y del Ministerio del Interior y de Justicia.
 11. Este es el caso la Academia Nacional de Medicina, de la médica peruana Maita García Trovatto, de los miembros de la Sociedad Peruana de Ginecología y Obstetricia y de la Asociación Americana de Obstetricia y Ginecología Por Vida.
 12. Entre ellos, profesores de la Universidad de Valparaíso, Harvard, Abat Oliba CEU, Saint Thomas, Valencia, República de Uruguay, Andes de Chile, Georgetown, Zaragoza, Bolivariana de Medellín, Santiago de Cali, Sabana, Católica Petrópolis de Brasil, y de Costa Rica.
 13. Este es el caso de la Conferencia Episcopal Colombiana y de los miembros de la Iglesia Cristiana Carismática Tabernáculos de la Fe.
 14. Este es el caso de la Fundación Derecho a Nacer, Corporación Humanas (Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género), Society for the Protection of Unborn Children, Comité Nacional Provida, Fundación Amor y Vida, Centro de Ayuda para la Mujer.
 15. Este es el caso de Bernard Nathanson, el famoso norteamericano conocido por ser el director de la clínica de abortos más grande del mundo y fundador de “NARAL Pro Choice America”, que posteriormente se incorporó a masivas y agresivas campañas en contra del aborto. También es el caso del abogado argentino Jorge Rafael Scala, quien ha realizado una importante investigación histórica sobre el origen de las campañas a favor del aborto, y de la colombiana Ilva Miriam Hoyos Castañeda.
 16. Este es el caso del Comité de Derechos de las Mujeres y Equidad de Género del Parlamento Europeo, Real Women of Canadá, Women’s Forum Australia, Feminist for Life y Católicas por el Derecho a Decidir.
 17. Este es el caso de la red Men and Abortion Network, encargada de conocer y difundir el impacto del aborto en los hombres.
 18. Este es el caso del Centro de Investigación sobre Dinámica Social de la Universidad de Columbia, del Elliot Institute, del Institute for Integrated Social Analysis y de American Center of Law and Justice.
 19. Este es el caso de los reconocidos Rafael Nieto Navia, Christian Courtis, Rodrigo Uprimny Yepes y Javier Hervada, reconocidos internacionalmente en materias relacionadas con la filosofía del derecho, el derecho internacional, los derechos humanos (especialmente los derechos sociales) y el derecho constitucional, respectivamente.
 20. Este es el caso de la Red Latinoamericana de Abogados Cristianos, Men and Abortion Network, la Red Colombiana de Mujeres por los Derechos Sexuales y Reproductivos, Women’s Health Advocacy Foundation, Corporación Casa de la Mujer, Corporación Cisma Mujer, entre muchas otras.

declarar la nulidad de un matrimonio contraído por una menor, cuando la mujer se encuentra en estado de embarazo; el demandante en este caso fue un joven de tan solo 21 años de edad, estudiante de Derecho de la Universidad Industrial de Santander.²¹

Lo realmente importante de esto no radica en la posibilidad formal de presentar demandas de inconstitucionalidad o de participar en el respectivo proceso, sino en que cualquier persona tiene la capacidad para activar el aparato judicial en asuntos tan importantes como la constitucionalidad de las leyes y las reformas constitucionales, y en que la justicia constitucional está obligada a tener en cuenta y considerar los argumentos y razones expuestas en las intervenciones públicas.²²

Algo semejante puede predicarse de las acciones de tutela, que pueden ser presentadas por cualquier persona sin necesidad de abogado. Esta acción, diseñada para la protección de lo que la Constitución denomina “derechos fundamentales”, ha logrado tener un alto nivel de penetración en la vida de los colombianos, de modo que todas las relaciones sociales, por vía de tutela, han tenido una mayor o menor grado de “constitucionalización”.

Estas acciones han sido utilizadas por los “ciudadanos del común” para resolver todo tipo de conflictos: personas a las que la Administración Pública no les resuelve en los términos legales una petición,²³ participantes en procesos de contratación que están inconformes con la adjudicación de algún contrato estatal,²⁴ mujeres que son despedidas de su trabajo por su estado de embarazo,²⁵ universitarios que alegan haber sido sancionados sin el cumplimiento de las garantías del debido proceso,²⁶ padres de familia cuyos hijos han dejado de recibir el servicio de educación por el incumplimiento en el pago de la pensión,²⁷ estudiantes que se oponen a recibir clases de baile incompatibles con sus creencias religiosas,²⁸ pensionados cuyas mesadas no son pagadas a tiempo, personas que entran en conflicto con sus vecinos por tener perros que

21. Sentencia C-008/10, M.P. Mauricio González Cuervo.

22. Es por esta razón que la actual tendencia de la Corte de rechazar demandas de inconstitucionalidad y de proferir fallos inhibitorios porque a su juicio la demanda no cumple con las cargas de precisión, especificidad, claridad y certeza, es incompatible con el carácter público e informal de las acciones de inconstitucionalidad abstracta. Esto ha hecho que los asuntos de constitucionalidad abstracta se estén convirtiendo en asuntos técnicos solo accesibles a abogados constitucionalistas con refinados conocimientos en el litigio constitucional.

23. Sentencia T-464/09, M.P. José Ignacio Pretelt Chaljub.

24. Sentencias T-337/05 (M.P. Jaime Araujo Rentería) y T-147/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

25. Sentencia T-005/09, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

26. Sentencia T-768/09, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

27. Sentencia T-452/97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

28. Sentencia T-588/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

ladran fuerte,²⁹ menores que se oponen a transfusiones de sangre por razones religiosas,³⁰ vecinos que se quejan del ruido de las campanas de la iglesia,³¹ deudores del sistema financiero por créditos de vivienda cuyos bienes han sido embargados, trabajadores sindicalizados que alegan recibir un trato discriminatorio por la empresa empleadora,³² “perdedores” de procesos judiciales que consideran injusta o arbitraria la decisión del juez, jóvenes que se oponen a la prestación del servicio militar obligatorio por su incompatibilidad con sus creencias religiosas,³³ hombres o mujeres obesas que buscan la realización gratuita de la cirugía bariátrica o de by pass gástrico,³⁴ son tan solo algunas hipótesis que son resueltas a diario por los jueces de tutela. La expresión “tutelitis” no solo pone en evidencia el abuso de esta figura, sino también el impacto que ha tenido entre los colombianos, y la profunda confianza que en ella se tiene como instrumento para constitucionalizar las relaciones de la vida social.

No menos importante han sido las denominadas “acciones populares”, diseñadas para garantizar los derechos e intereses colectivos como el medio ambiente, el espacio público, la moralidad administrativa, el patrimonio público, la seguridad y la salubridad pública, los derechos de los consumidores y la libre competencia económica. Estas acciones no solo pueden ser presentadas por cualquier persona (dado el interés colectivo subyacente), sino que además se han establecido estímulos especiales. Este es precisamente el caso del incentivo de tipo económico previsto en los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998; allí se dispone que el demandante tiene derecho a recibir una suma de dinero que oscila entre los 10 y los 150 salarios mínimos mensuales, y que cuando se refieran a la moral administrativa, el demandante tiene derecho a recibir el 15% del valor que la entidad pública recupere como consecuencia de la acción popular. Si bien estos estímulos han dado lugar a ciertas “mafias” encargadas de escudriñar sistemáticamente posibles irregularidades y de hacer de las fallas de la administración pública un negocio muy lucrativo, lo cierto es que la ley, con muy buen sentido, entendió que lo realmente importante es la protección objetiva de los derechos colectivos, al margen del móvil económico que puedan tener los promotores de estas acciones, y que por el contrario, no se deben buscar héroes y filántro-

29. Sentencia T-119/98, M.P. Fabio Morón Díaz.

30. Sentencia T-659/02, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

31. Sentencia T-1205/03, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

32. Sentencia T-390/98, M.P. Fabio Morón Díaz.

33. Sentencias T-409/92 (M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz), T-534/92 (M.P. Ciro Angarita Barón), SU-277/93 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), C-511/94 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-363/95 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y C-740/01 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

34. Sentencia T-055/09, M.P. Jaime Araujo Rentería.

pos sino ciudadanos corrientes dispuestos a dedicar parte de su tiempo a los derechos e intereses colectivos, a cambio de una retribución.³⁵

En estas circunstancias, acciones populares se han propuesto con muy diversos fines y propósitos, y sobre una amplia variedad de asuntos: descontaminación de los ríos Bogotá³⁶ y Cauca,³⁷ la suscripción del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, la señalización del tránsito en calles de Quibdó, la instalación de alumbrado público o de barandas en malecones de ciudades y municipios, la tala de árboles en Bogotá a través del programa “Bogotá se viste de verde”,³⁸ el vertimiento de aguas residuales en los humedales de Bogotá,³⁹ la suspensión del programa radial “El Mañanero de la Mega” por su alto contenido sexual,⁴⁰ la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos,⁴¹ la construcción de puentes peatonales,⁴² los estándares de calidad del agua para el consumo humano,⁴³ la creación del Comité de Reclamos previsto en el Estatuto Nacional del Usuario en Telecom,⁴⁴ la explotación de la reconocida marca Juan Valdez,⁴⁵ las alamedas perimetrales a clubes y cementerios en Bogotá,⁴⁶ entre muchos otros, han sido objeto de acciones populares.

-
35. En diversas oportunidades se ha buscado la eliminación del mencionado incentivo. De hecho, se alcanzó a solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que lo consagra, pero la Corte, con buen criterio, desestimó la pretensión en la sentencia C-459/2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería). De igual modo, se han tramitado infructuosamente distintos proyectos de ley que prevén la eliminación del incentivo, como los siguientes: Proyectos de ley 96 de 2004-Senado, 43 de 2005-Senado, 52 de 2005-Cámara, 74 de 2006-Cámara, 23 de 2006-Senado, 87 de 2007-Cámara.
 36. Sentencia de la Sub-sección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, exp. 01-479, 25 de agosto de 2004, M.P. Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda.
 37. Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, 14 de enero de 2007, exp. AP-0154072007, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
 38. Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-150/2001, 26 de julio de 2001, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.
 39. Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-083/2000, 21 de septiembre de 2000, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
 40. Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. AP-2003/2004, 29 de julio de 2004, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.
 41. Sentencia de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, exp. AP-503/2002, 18 de julio de 2002, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.
 42. Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. AP-0353/2002, 24 de enero de 2002, C.P. Ricardo Hoyos Duque.
 43. Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-1652/2005, 3 de noviembre de 2005, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
 44. Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. AP-/2005, 14 de junio de 2001, C.P. Alier Hernández Henríquez.
 45. Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, exp. AP-00739, 24 de marzo de 2009, C.P. Mauricio Torres Cuervo.
 46. Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-00491-2002, 10 de diciembre de 2008, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Todo lo anterior significa que la defensa de la Constitución no es un problema que atañe exclusivamente a un reducido círculo de abogados y jueces, sino que ante todo es un asunto público que sirve para canalizar los propios intereses y necesidades individuales y colectivas. Pero significa también que el constitucionalismo es el resultado del debate, de la confrontación, del diálogo, y en general de procesos participativos y democráticos, y no simplemente el conjunto de verdades canónicas y absolutas dictadas por unos cuantos estudiosos y sabios. Por último, significa también que en los sistemas políticos contemporáneos la democracia no se agota en las urnas y en el sufragio, sino que existen múltiples y diversas maneras de hacer efectivo el principio democrático.

UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL INVASIVA

Íntimamente relacionado con el rasgo anterior, se encuentra otra de las particularidades del constitucionalismo colombiano: el carácter “invasivo” de la Constitución y de la justicia constitucional. Significa esto que progresivamente la Constitución se filtra en todos los escenarios de la vida social, económica y política del país, presentándose una especie de constitucionalización de las relaciones sociales.

Con mucha frecuencia ocurre que los conflictos sociales, económicos y políticos son puestos rápidamente en términos constitucionales, y como consecuencia de ello son judicializados y resueltos por instancias jurisdiccionales, bien sea por la propia Corte Constitucional, por la jurisdicción ordinaria o por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Un breve repaso de la historia reciente muestra una abundante masa de casos de este tipo: temas como la reelección presidencial,⁴⁷ las fumigaciones con glifosato,⁴⁸ los procesos penales iniciados por la Corte Suprema de Justicia a los congresistas que ordenaron la preclusión de la investigación en contra del ex presidente Samper por infiltración de dineros del narcotráfico en su campaña presidencial,⁴⁹ el aborto y la objeción de conciencia de los médicos frente a su realización,⁵⁰ la eutanasia,⁵¹ la ley de justicia y paz para viabilizar la negociación con los

47. Sentencias C-141/10 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-1153/05 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-1053/05 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

48. Sentencia SU-383/03, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

49. Sentencia SU-047/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

50. Sentencias T-388/09 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-946/08 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-209/08 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-988/07 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-355/06 (M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández), C-198/02 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-647/01 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), C-013/97 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-133/94 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

51. Sentencia C-239/97, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

grupos guerrilleros y paramilitares,⁵² los conflictos entre las petroleras y los indígenas, el impacto social y ambiental de construcción de mega-proyectos hidroeléctricos,⁵³ la cadena perpetua para quienes abusan sexualmente de menores, la flexibilización laboral,⁵⁴ el sistema de salud,⁵⁵ los disensos al interior de los partidos políticos,⁵⁶ entre muchos otros, han sido resueltos y definidos en los estrados judiciales.

De igual modo, la vida ordinaria del “ciudadano de la calle” ha estado sometida a un proceso análogo, pues especialmente mediante la acción de tutela, la Constitución Política ha “invadido” las relaciones de la vida ordinaria. Este es el caso, por ejemplo, del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que se ha proyectado en todos los espacios de la vida social con unos alcances insospechados: la educación, la familia, la salud, el trabajo, las cárceles, las fuerzas armadas, los parques y otros espacios públicos, entre muchos otros. Con fundamento en este derecho, la Corte Constitucional ha “irrupido” en todo tipo de conflictos sociales: infantes de cuatro años que se oponen a que se les corte el cabello para impedir el contagio de los molestos piojos,⁵⁷ la obligatoriedad del uso de la toga,⁵⁸ la exigencia de llevar falda a las cárceles como condición para realizar visitas a los privados de libertad,⁵⁹ la prohibición del uso de aretes o piercings en los colegios,⁶⁰ la penalización del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas,⁶¹ la tenencia de animales domésticos en las zonas comunes de las unidades de propiedad horizontal,⁶² la revocación de donaciones a menores que contraen matrimonio sin el consentimiento de sus padres,⁶³ las sanciones a los estudiantes por su conducta y vida sexual por fuera de las instalaciones del colegio,⁶⁴ entre muchos otros, ponen en evidencia la manera en que el texto constitucional y el discurso de los derechos constitucionales ha logrado permeare la vida social.

52. Sentencia C-370/06, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Jaime Córdoba Triviño, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

53. Sentencia T-652/98, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

54. Sentencias C-257/08 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-038/04 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), C-801/03 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

55. Sentencia T-860/08, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

56. Sentencia T-141/10, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

57. Sentencia SU-642/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

58. Sentencia C-728/06, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

59. Sentencia T-624/05, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

60. Sentencias T-839/07 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-1086/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

61. Sentencias C-101/04 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y C-221/04 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

62. Sentencia T-035/97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

63. Sentencia C-1264/00, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

64. Sentencia T-491/03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Con razón se ha hablado de una “constitucionalización de la vida cotidiana” en Colombia:⁶⁵ si bien es cierto que ni los problemas de desigualdad económica, ni los relativos a la distribución de la riqueza o al nivel de violencia o corrupción se han reducido o transformado en estas dos décadas gracias a las decisiones de la Corte, también es cierto que la justicia constitucional se ha instalado de otro modo en la vida de los colombianos, quizás de una manera mucho más sutil, imperceptible y silenciosa, pero al mismo tiempo más profunda, aguda e intensa. Cuando la Corte decide sobre un caso particular, aparentemente insignificante, en realidad no se limita a solucionar ese problema específico, sino que incorpora una dimensión constitucional a la relación social subyacente; y es por esta vía que el texto constitucional se ha “filtrado” en todos los espacios de la vida social.

Es decir, la justicia constitucional ha logrado ganarse un puesto importante al intervenir activa y directamente en la comprensión de nuestra propia realidad, y en nuestra comprensión de lo que nosotros somos como nacionales o extranjeros, como pobres o como ricos, como desempleados o como trabajadores, como desplazados o como migrantes, como indígenas, afro-descendientes o como mestizos, como padres o como hijos, como heterosexuales o como homosexuales. La Constitución, y con ella la Corte Constitucional, se ha convertido en un actor importante en la definición de nuestra propia identidad. Con absoluta seguridad la Corte no ha transformado a Colombia en Dinamarca, con absoluta seguridad la violencia provocada por la guerrilla y los paramilitares allí permanece, con absoluta seguridad los pobres siguen siendo pobres y los ricos, ricos. Pero a pesar de lo anterior, la Corte ha provocado una transformación básica en nuestra manera de entendernos a nosotros mismos y al entorno en el que nos desenvolvemos. Y eso sí tiene un impacto en la vida de las personas. Las decisiones de la Corte, a pesar de su carácter simbólico, o más bien, precisamente por su carácter simbólico, tienen la potencialidad de transformar realidades y de tener una eficacia real.

Lo anterior de ningún modo significa que la constitucionalización de la vida social, económica y política de un país sea un proceso pacífico y desprovisto de conflictos y problemas. Por el contrario, la experiencia en Colombia demuestra que se trata de un proceso intrínsecamente problemático y que por su propia naturaleza tiende a provocar disensos, crisis y disyuntivas difíciles de resolver y superar. Examinemos dos de las dificultades de la justicia constitucional en Colombia.

65. Esteban Restrepo, “Reforma Constitucional y Progreso Social: la ‘Constitucionalización de la Vida Cotidiana’ en Colombia”, en Roberto Saba, edit., *El Derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 73-78.

La intervención de la justicia constitucional en la economía

El reconocimiento del valor normativo de la Constitución Política ha tenido también unos costos. Una de las aristas más problemáticas en el constitucionalismo colombiano reciente se refiere al impacto económico de sus decisiones. Asuntos como el sistema de financiación de vivienda,⁶⁶ las enfermedades catastróficas de personas que no han cumplido con el período mínimo de cotización al sistema de salud,⁶⁷ el servicio educativo frente al incumplimiento en el pago de la pensión,⁶⁸ los bonos exigidos en los colegios privados como condición para el ingreso a la institución,⁶⁹ los regímenes pensionales especiales, la indexación salarial en el sector público en situaciones de déficit fiscal,⁷⁰ las enfermedades cuyo tratamiento se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud (POS),⁷¹ la intervención del gobierno nacional en las finanzas de los gobiernos distritales y municipales, las obligaciones del Estado frente a los desplazados por la violencia,⁷² la ventas ambulantes y la economía

66. Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad (parcial o total) del sistema de financiación de vivienda en Colombia son: C-136/99 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-383/99 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), C-700/99 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-747/99 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y C-955/00 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Sentencias de tutela que definen cuestiones particulares en relación con la financiación de vivienda bajo el sistema UPAC y el sistema UVR, se encuentran en las sentencias T-1226/05 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-597/06 (Álvaro Tafur Galvis), T-850/07 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y T-092/08 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

67. La sentencia que declaró la constitucionalidad de la disposición legal que establece los períodos mínimos de cotización es la C-112/98, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencias de tutela al respecto son, entre otras, las siguientes; T-370/98 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-691/98 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-133/03 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-1152/03 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-744/04 (M.P. Manuel José Cepeda), T-946/05 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-510/05 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y T-760/08 (M.P. Manuel José Cepeda).

68. Sentencias T-1227/05 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-339/08 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

69. Sentencia C-567/97, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

70. Sentencias C-1433/00 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), C-1064/01 (M.P. Manuel José Cepeda y Jaime Córdoba Triviño) y C-1017/03 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil).

71. Sobre los tratamientos y medicamentos no contemplados en el Programa Obligatorio de Salud se encuentran, entre otras, las siguientes sentencias: SU-480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-086/05 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-946/05 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-1008/06 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-016/07 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-539/07 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), T-752/07 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-1078/07 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-760/08 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

72. Sentencias T-085/09 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-038/09 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-1135/08 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1105/08 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-647/08 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-391/08 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-496/07 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-025/04 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Autos 176 (M.P. Manuel José Cepeda), 177 (M.P. Manuel José Cepeda), 178 (M.P. Manuel José Cepeda), 218 (M.P. Manuel José Cepeda) y 266 (M.P. Manuel José Cepeda) de 2005, 081 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda);

informal,⁷³ la flexibilización laboral, el ajuste fiscal en las entidades territoriales, la extensión del IVA a bienes y servicios de primera necesidad,⁷⁴ la subordinación de los Planes de Ordenamiento Territorial de los municipios y distritos a los macroproyectos de interés social nacional definidos por el gobierno nacional,⁷⁵ son tan solo algunos de los problemas sobre los cuales se ha pronunciado la Corte Constitucional, y que tienen un evidente e importante impacto macro y micro económico.

El debate teórico sobre la conveniencia de la intervención de la justicia constitucional en la economía es de vieja data.⁷⁶ Por un lado, se sostiene que en general no son las cortes y tribunales constitucionales los llamados adoptar decisiones en materia económica; las razones que respaldan esta tesis son muchas y variadas: carencia de legitimidad democrática y de idoneidad técnica, irresponsabilidad en el manejo de las finanzas públicas, fomento de la inseguridad jurídica, resquebrajamiento de la participación democrática, rigidez en el modelo y el sistema económico, son algunas de los cuestionamientos que se hacen a esta “intromisión”. Del otro lado, se sostiene que la fuerza normativa de la Constitución, incluso de los principios y en especial de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, torna inevitable la intervención de la justicia constitucional en la economía; se sostiene que la abstención de las cortes y tribunales en estos asuntos equivaldría a convertir la Constitución en un documento retórico, pero sin ninguna capacidad para regir la vida social, situación del todo inaceptable en un Estado constitucional de Derecho.

Pero, más allá del debate teórico y de la necesidad de tomar partido en la disputa, lo realmente interesante es comprender el conflicto en el contexto del constitucionalismo colombiano. Quizás dos referencias permitan ilustrar las dificultades. La primera se refiere a las decisiones de la Corte Constitucional en torno al sistema de financiación de vivienda. Las sentencias expedidas entre 1998 y 2000 reconfiguraron la totalidad del sistema de financiación de vivienda en Colombia; así, la Corte Constitucional decidió, entre otras cosas, obligar al sistema a aceptar los prepagos de la deuda,⁷⁷ y declarar la inconstitucionalidad de la disposición que ataba el valor de la unidad de pago destinado a la financiación de la vivienda a la tasa de interés real en

004 (M.P. Manuel José Cepeda), 005 (Manuel José Cepeda), 092 (M.P. Manuel José Cepeda) y 237 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacios).

73. Sentencias T-146/04 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-772/03 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-372/93 (M.P. Jorge rango Mejía).

74. Sentencia C-776/03, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

75. Sentencia C-149/10, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

76. Cfr. Rodrigo Uprimny Yepes, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en *Revista de Derecho Público*, No. 12, *Justicia constitucional y política económica*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001, pp. 145-195.

77. Sentencia C-252/98, M.P. Carmenza Isaza de Gómez.

la economía,⁷⁸ la capitalización de los intereses,⁷⁹ y en general el sistema diseñado para la financiación de la vivienda, el denominado UPAC.⁸⁰

Uno de los efectos de estas decisiones, fue la obligación de reliquidar las deudas de vivienda a partir de los parámetros por ella establecidos y por los definidos posteriormente en la Ley 546/99, y el otorgamiento de créditos subsidiados para aliviar la deuda. Sin embargo, como estos beneficios fueron *generalizados*, y no se dirigieron únicamente a los deudores de menores ingresos, el efecto práctico de las decisiones de la Corte y de la ley que desarrolló sus directrices, fue que “los estratos más altos se llevaron la mayor cantidad de los subsidios otorgados mediante las reliquidaciones” y que “el pago de estos subsidios requirió de un mayor esfuerzo tributario, en términos relativos, por parte de las clases menos pudientes”.⁸¹ Por un lado, entonces, la Corte encontró que el sistema de financiación de vivienda en Colombia era claramente violatorio del derecho a la propiedad privada y del derecho a la vivienda, pues las deudas terminaban por no tener ninguna proporción con el crédito otorgado por las instituciones financieras (Corporación de Ahorro y Vivienda) ni con valor del inmueble adquirido. Por otro lado, sin embargo, la supuesta equidad en el sistema se vio desdibujada cuando al amparo de las reliquidaciones de deuda y los subsidios otorgados para su alivio, los beneficiarios de las medidas fueron los estratos altos y medios, y no los bajos; así, bajo las consideraciones de equidad de la Corte, se obtuvo un efecto regresivo que perjudicó la distribución del ingreso, en clara oposición al principio de igualdad sustancial y el propio derecho a la vivienda.

Otro caso, quizás aún más traumático que el anterior, se refiere al sistema de salud en Colombia. El sistema establecido en la Ley 100/93 fue resultado de la adopción del denominado “pluralismo estructurado”,⁸² que pretende articular las fortalezas de los sistemas altamente estatizados y los sistemas altamente flexibles del mercado, como estrategia para superar los problemas estructurales que afrontaba el país en la década de los 90, especialmente con respecto a la inequidad en el sistema: por un lado, los ricos contaban con los recursos para financiar por su propia cuenta su salud, las clases medias asalariadas estaban vinculadas a un sistema de seguridad social suministrado por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), cajas y fondos de previsión so-

78. Sentencia C-383/99, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

79. Sentencia C-747/99, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

80. Sentencia C-700/99, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

81. Sergio Clavijo, “Fallos y fallas económicas de las Altas Cortes. El caso de Colombia 1999-2000”, en Claudia Escobar, edit., *Teoría y práctica de la justicia y el control constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 45-88.

82. Juan Luis Londoño y Julio Frenk, “Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina”, en http://www.iadb.org/research/pub_desc.cfm?language=Spanish&PUB_ID=WP-353 [Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de trabajo No. 253, 1987].

cial, y la amplia clase baja, por carecer de recursos económicos y de una vinculación a la economía formal, se encontraba desprotegida.⁸³ En definitiva, “el sistema resultaba segmentado, inequitativo, ineficiente y de bajísimos niveles de cobertura poblacional”.⁸⁴

Bajo la inspiración del pluralismo estructurado, la Ley 100 de 1993 se articuló a partir de las siguientes directrices:⁸⁵ en primer lugar, la *universalidad*, que implica que todas las personas deben estar afiliadas al sistema, bien sea al régimen contributivo o al subsidiado; en segundo lugar, la *solidaridad*, que implica que las personas de mayores ingresos deben contribuir a la financiación de la salud de los de menores recursos y todas reciben las mismas prestaciones independientemente del nivel de contribución económica; en tercer lugar, la *sostenibilidad*, mediante la definición de un paquete cerrado de prestaciones (a través de los Planes Obligatorios de Salud –POS– y de los Planes Obligatorios de Salud para el Régimen Subsidiado –POS-S–), y la existencia de Empresas Promotoras de Salud (EPS) y de Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS), encargadas de articular la demanda y la oferta de servicios en salud y de la “contención” de los costos del sistema; éstas, al recibir un pago mensual unificado por cada persona afiliada a cambio de la prestación de los servicios definidos en el POS y en el POS-S, de modo que los recursos financieros recibidos por las EPS son independientes de los costos efectivos y del número de prestaciones efectuadas, las EPS tienden a contenerlas.

A pesar de las bondades del sistema, como el evidente aumento en la cobertura⁸⁶ y el componente solidario e igualitario que la atraviesa, en la práctica resultó insuficiente para garantizar las demandas del derecho a la salud: negaciones arbitrarias en la prestación del servicio, baja calidad, entrega de medicamentos inoportuna, restricciones en el Plan Obligatorio de Salud (POS), diferencias en el contenido de Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado, restricciones a la prestación del servicio como la exigencia de períodos mínimos de cotización, entre otros, impidieron la garantía plena del derecho a la salud.

83. Diego Eduardo López Medina, “El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, eds., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 380.

84. *Ibid.*, p. 380.

85. *Ibid.*, pp. 380-386.

86. La ampliación en la cobertura a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 es más que significativa: mientras en 1990 únicamente el 16% de la población se encontraba afiliada al sistema, en el año 2000 la proporción era cercana al 56%, en el 2006 al 75% y hoy está cerca al 90%. Cf. Alberto Carrasquilla, “Diagnóstico y perspectivas del sector salud en Colombia”, ponencia presentada dentro del Foro: “Estado Económico del Sector Salud”, 2009.

En este contexto, la tutela comenzó a ser utilizada como vía de escape, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional no solo reconoció que el derecho a la salud era justiciable, sino que comenzó a extender su alcance, más allá de lo establecido por el sistema previsto inicialmente. Por esta vía, entonces, se ha logrado ordenar la entrega oportuna de medicamentos, la realización de exámenes de diagnóstico o de tratamientos no previstos en el POS o de tratamientos en el exterior;⁸⁷ el suministro de medicamentos sin haberse cumplido el período mínimo de cotización,⁸⁸ la equiparación parcial entre los planes del régimen contributivo y del subsidiado,⁸⁹ e incluso, el suministro del transporte y alojamiento para los pacientes cuando se requiere el traslado de ciudad⁹⁰ o la realización de intervenciones o tratamientos con un componente estético.⁹¹ Sin duda alguna, la acción de tutela, y con ella la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha servido para frenar los abusos de las instituciones del sistema de salud y garantizar la vida y la integridad de muchas personas, que de otro modo no podrían lograrlo.

Sin embargo, y al margen de los problemas estructurales de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que las decisiones de la justicia constitucional han tenido también un efecto desestabilizador del sistema, y por consiguiente, han tenido también un alto costo en términos del derecho a la salud y del derecho a la igualdad. Mencionemos tan solo tres de las razones.

En primer lugar, el reconocimiento y protección del derecho a la salud por vía judicial ha profundizado los problemas de inequidad y de desigualdad en el sistema. En efecto, se ha demostrado que quienes recurren a la acción de tutela son fundamentalmente las personas que pertenecen al régimen contributivo, mientras que quienes hacen parte del régimen subsidiado o del régimen de los vinculados, recurre solo de manera excepcional, a pesar de que estos últimos conforman la mayor parte de la población colombiana; así, para el año 2003 el 78% de las acciones de tutela resueltas en el país fueron propuestas por personas afiliadas al régimen contributivo, mientras que al régimen subsidiado y de los vinculados únicamente corresponden al 2,9 y el 13,4% de las tutelas respectivamente;⁹² es decir, la tasa de uso de tutela por cada

87. Sentencias T-304/98 (M.P. Fabio Morón Díaz) y T-597/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

88. Sentencias T-760/2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1245/05 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-571/01 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-230/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-016/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-691/98 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y SU-480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

89. Sentencia T-760/08, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

90. Sentencia T-201/07, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

91. Sentencias T-1251/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-935/01 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-822/07 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

92. Rodrigo Uprimny Y., *El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigi-*

100.000 usuarios para el régimen contributivo es de 184, mientras que para los subsidiados y vinculados es tan solo de 33.⁹³ Ahora bien, en la medida en que quienes hacen parte del régimen contributivo pertenecen a los estratos socio-económicos más altos,⁹⁴ la conclusión necesaria e inexorable es que la justicia constitucional y los recursos que ésta ha ordenado, han estado al servicio de este pequeño y privilegiado segmento social.

En segundo lugar, la lógica subyacente a las decisiones de la Corte Constitucional ha provocado un efecto *distorsionador* en la distribución de los recursos de la salud, minando los recursos provenientes del sistema contributivo y del presupuesto general de la Nación y de las entidades territoriales destinados a la salud. Entre otras, dos tipos de decisiones han contribuido a este resultado. Por un lado, la Corte Constitucional ha establecido que cuando una persona padece una enfermedad catastrófica, como cáncer, SIDA o insuficiencia renal crónica, y no ha cumplido el período mínimo de cotización de 100 semanas previsto en la ley, la EPS debe suministrar el tratamiento requerido, debiendo el paciente asumir el costo proporcionalmente a las semanas que faltan para completar el período mínimo de cotización, y la EPS todo lo demás; sin embargo, cuando el paciente carece de la capacidad económica, la EPS lo debe asumir en su integridad, sin perjuicio del derecho de repetición en contra del ente articulador financiero del sistema, el Fosyga (Fondo de Solidaridad y Garantías).⁹⁵ Otro tipo importante de decisiones se refiere a las órdenes de suministrar tratamientos y medicamentos que se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS) y del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (POS-S); así, la Corte ha establecido en distintas oportunidades que las dolencias que afectan directamente la vida, la integridad personal y la salud, cuyo tratamiento ordenado por el médico tratante no se encuentre contemplado en el POS o en el POS-S, debe ser suministrado por las EPS y las ARS, cuando el paciente no tiene la capacidad económica para asumir el costo correspondiente; en este caso, al igual que en el de las en-

lancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud, Bogotá, Procuraduría General de la Nación / Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo de la Generalitat de Catalunya –CCD– / Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–, 2008, p. 170.

93. *Ibid.*, p. 173.

94. Así por ejemplo, para el año 2003 el 43% de las personas vinculadas al régimen contributivo pertenecía a su vez al quintil de mayores ingresos de toda la población colombiana. Por el contrario, este mismo quintil solo representó el 3% de los subsidiados, y el 9% de los vinculados.

Cfr. Rodrigo Uprimny Y., *El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud*, p. 175.

95. Sentencias T-760/2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1245/05 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-571/01 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-230/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-016/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-691/98 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y SU-480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

fermedades catastróficas para las que no se ha cumplido con el período mínimo de cotización, las EPS y ARS pueden repetir contra el Fosyga o contra las entidades territoriales, según el caso.⁹⁶ En uno y otro caso, entonces, las prestaciones se sufragan, por orden de la propia Corte, con los recursos destinados a financiar el sistema subsidiado de salud y a garantizar la solidaridad en el sistema; es decir, lo que inicialmente estaba destinado a cubrir los requerimientos de salud de todas las personas, especialmente de las que pertenecen al régimen subsidiado, ahora se destina a cubrir tratamientos, intervenciones y medicamentos de alto costo de unas pocas personas, especialmente del régimen contributivo.

En tercer lugar, las decisiones de la Corte han atacado, por así decirlo, las bases sobre las cuales se asentaba el sistema de salud en Colombia: el igualitarismo, la contención en los costos del sistema por parte de las EPS y la definición de un paquete cerrado de prestaciones. Como se expuso anteriormente, el sistema de salud se sustentaba en la idea de que todas las personas deberían tener acceso efectivo a las prestaciones básicas de salud, lo cual implicaba definir un paquete cerrado de prestaciones, pues “un sistema de salud no es pagable, ni siquiera en las sociedades más ricas, bajo el modelo de ‘todo para todos’”;⁹⁷ por su parte las EPS, entes articuladores entre la oferta y la demanda de salud, serían los encargados de contener efectivamente los costos, pues el sistema las incentivaba a ello al pagarles, no por las prestaciones brindadas a los usuarios, sino por número de afiliados. Sin embargo, las decisiones de la Corte de algún modo han acabado con estos supuestos: se ha abierto la puerta para el cubrimiento de prestaciones no previstas en el POS, la diferencia entre el POS y el POS-S tiende a diluirse, y el incremento en los costos de la salud es ahora una especie de incentivo para las EPS al acudir al Fosyga, en casos como las prestaciones no-POS.

Lo anterior no significa que las decisiones de la Corte sean incorrectas o inadecuadas. Por el contrario, debido a la carencia de un adecuado sistema de vigilancia y control y de resolución de conflictos, la tutela se ha convertido en el único mecanismo con el que cuentan las personas para sobrevivir a la enfermedad. Personas con cáncer a las que se les niega el tratamiento, medicamentos vitales que no son entregados oportunamente, citas médicas que se requieren con urgencia y que se “conceden” después de 3 o 4 meses, exámenes de diagnóstico cuya realización es negada,

96. Sentencias T-921/08 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-760/08 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-139/08 (Clara Inés Vargas Hernández), T-372/08 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-523/07 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-085/07 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-159/06 (M.P. Humberto Sierra Porto) y T-237/03 (Jaime Córdoba Triviño).

97. Diego López Medina, “El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina”, p. 381.

terapias alternativas frente a tratamientos que han resultado ineficaces, son algunas de las hipótesis que los jueces de tutela han tenido que resolver. Son dramas humanos verdaderos frente a los cuales la justicia constitucional ha respondido.

El resultado de todo esto ha sido, una vez más, una Colombia paradójica. Por un lado, una Corte generosa que literalmente salva vidas y que ordena sofisticadas intervenciones quirúrgicas, exóticos tratamientos en el exterior, exámenes de diagnóstico desconocidos en el propio país, suministro de medicamentos comerciales en sustitución de los genéricos,⁹⁸ e incluso prestaciones como el pago del transporte entre la ciudad de residencia y el lugar del tratamiento, o la realización de la costosa cirugía bariátrica para atacar la obesidad, la reducción del tamaño del busto, los famosos cambios de sexo o los tratamientos de desintoxicación y rehabilitación por adicción a sustancias estupefacientes y psicotrópicas.⁹⁹ Por otro lado, sin embargo, un sistema de salud ineficiente, que demora meses en otorgar una cita al médico general o a un especialista, incapaz de entregar los medicamentos esenciales de manera oportuna, que se niega a suministrar vacunas indispensables para la conservación de la vida de menores especialmente vulnerables, e incapaz de atender adecuadamente emergencias de infantes. Al lado de los problemas estructurales que han hecho insostenible el sistema,¹⁰⁰ lo cierto es que la justicia constitucional, pretendiendo garantizar el derecho a la salud de las personas que han propuesto tutelas en Colombia, ha terminado por afectar el derecho de todos los colombinos a la salud, la vida y la integridad personal.

La situación hoy en día es, cuando menos, angustiante. El 23 de diciembre de 2009 el gobierno nacional declaró el estado de emergencia en el sistema de seguridad social en salud, mediante el decreto 4975 de 2009. Aunque ya la Corte Constitucional declaró su inexequibilidad,¹⁰¹ la realidad que allí se expone habla por sí sola: en el régimen contributivo, los recobros presentados al Fosyga por eventos no POS se incrementó entre el 2007 y el 2009 en un 239%, equivalente a \$ 1,86 billones de pesos; mientras que 376.000 afiliados extrajeron del sistema \$ 1,86 billones en un

98. Sentencia T-733/06, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

99. Sentencia T-814/08, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

100. Uno de los problemas estructurales más importantes se refiere al bajo nivel de personas afiliadas al régimen contributivo. El sistema de salud plasmado en la Ley 100 suponía un incremento relativo constante en el número de afiliados al régimen contributivo y una migración del régimen subsidiado al contributivo. Sin embargo, el alto nivel de desempleo y la existencia de una fuerte economía informal ha hecho que esto no ocurra.

101. Mediante la sentencia C-252/10 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del decreto 4975 de 2009, debido a que los hechos que originaron la declaratoria del estado de emergencia no tenían el carácter de "sobreviniente", y que además podían ser enfrentados mediante los mecanismos ordinarios del Estado. Véase al respecto el Comunicado de Prensa No. 20 de la Corte Constitucional de Colombia, del 21 de abril de 2010.

solo año, 18 millones de personas recibieron 10 billones de pesos, en una escandalosa proporción de 1 a 11: mientras que un ciudadano “normal” recibe en promedio \$ 450.000, unas pocas reciben anualmente \$ 480.000.000. En el régimen subsidiado ha sucedido algo semejante: el incremento en los recobros por medicamentos y servicios no incluidos en el POS-S ha contribuido al déficit de los departamentos y distritos, incrementándose entre el 2008 y el 2009 en un 129%, déficit que se traduce en la incapacidad para transferir los recursos a las ARS, encargadas de la prestación del servicio de salud a la población subsidiada, la más vulnerable; así, las cuentas por cobrar de las entidades asociadas a los departamentos, municipios y distritos por servicios no incluidos en el POS-S, pasó de \$ 3726 millones a \$ 37266 millones en tan solo 6 meses, es decir, un incremento en la deuda de un 899%. En definitiva, se anuncia la insostenibilidad financiera del sistema de salud, a pesar de los generosos aportes que se hacen en el régimen contributivo (entre el 12 y el 13% del salario), y a pesar de que el componente de salud representa el 8% del PIB, más de lo que representa en Chile (6,1%), similar al que representa los países de la Unión Europea (8,65%), y muy superior a lo que representa en la mayor parte de países de América Latina.¹⁰²

Lo anterior demuestra que las respuestas simplistas que sugieren la abstención de los jueces en cuestiones con impacto económico, o que por el contrario suponen que el debate se agota con la idea de que los derechos sociales son justiciables y que en cada caso el juez deberá resolver del mejor modo posible, son tan superficiales como irresponsables y nocivas. Los jueces tienen el deber ineludible de garantizar los derechos constitucionales, pero sus decisiones no pueden constituirse en un obstáculo para la satisfacción de los derechos de todas las personas. En este sentido, las objeciones de los economistas no son exclusivamente “problemas económicos” ajenos al Derecho, sino cuestiones que pueden ser traducidas en términos jurídicos como acceso a bienes básicos, equidad en la distribución de la riqueza e igualdad sustancial; tan importante es la defensa de un derecho en un caso particular, como el impacto de esa decisión en los derechos de las demás personas. Así pues, la idea de que los derechos sociales son justiciables de ningún modo puede constituirse en el punto final de la discusión; ésta es quizás el punto de partida del debate, pero nunca su conclusión; cuestiones como la forma de incorporar el análisis económico del derecho a las decisiones judiciales o la forma en la que se puede entablar un diálogo productivo entre el derecho y la economía, deben ser analizadas con profundidad y cautela para obtener soluciones creativas e ingeniosas que permitan solucionar los problemas y los dramas reales de las personas, y de *todas* las personas.

102. Alberto Carrasquilla, *El régimen contributivo en el sistema de salud de Colombia: situación actual, perspectivas y desafíos*, Bogotá, Informe preparado para ACEMI, 2008.

Los dilemas de la justicia constitucional frente a las reformas constitucionales

Otro de los mayores “dilemas” de la justicia en el constitucionalismo colombiano se refiere al control de las reformas constitucionales. Al menos tres factores determinan estas dificultades.

En primer lugar, aunque con muy buen sentido se dotó de cierta flexibilidad a la Constitución,¹⁰³ permitiendo su reforma por vía parlamentaria (por medio de los Actos Legislativos) o por medio de un referendo, y el cambio constitucional mediante la Asamblea Constituyente, el énfasis en la intervención parlamentaria y en la iniciativa del gobierno, unida a los altos índices de abstencionismo en el país, contribuyen a que el texto constitucional sea fácilmente modificable cuando existen mayorías parlamentarias consolidadas, y más aún, cuando existe una coalición entre el partido del gobierno y estas mayorías.¹⁰⁴ En estas circunstancias, la reforma constitucional puede convertirse en un mecanismo para desdibujar fácilmente la Constitución.

Algo de esto ha ocurrido en el país. Un análisis cuantitativo es bien revelador: la Constitución Política ha sido reformada en promedio 1,5 veces por año de manera continua e ininterrumpida desde su expedición hasta el día de hoy, con las únicas excepciones de los años 1992, 1994, 1998 y 2006, y de sus 380 artículos, 47 han sido reformados, es decir, casi un 8% de sus disposiciones.¹⁰⁵ Tal ha sido la magnitud de este proceso, que incluso algunos artículos han sido modificados en más de una oportunidad, y que se ha necesitado añadir artículos, incisos, párrafos transitorios y disposiciones transitorias a la Constitución; este es el caso, por ejemplo, del artículo 356, que ha sido reformado en 5 oportunidades;¹⁰⁶ también es el caso del artículo 263A, que nació a la vida en el año 2003,¹⁰⁷ y del artículo 48, que pasó de tener 123

103. En efecto, una de las razones de la permanencia de la anterior Constitución durante más de 100 años (1886-1991), fue su relativa flexibilidad. Aunque no se consagró la figura de la Asamblea Constituyente, el esquema de reforma por vía parlamentaria, mediante los denominados “Actos Legislativos”, permitió su actualización permanente, como ocurrió en 1910, 1936, 1845 y 1886.

104. En efecto, además de la reforma por vía parlamentaria, tanto en el referendo como en la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente se requiere de una ley aprobatoria, y dado que el voto en Colombia no es una obligación y dados los altos índices de abstención en el país, la reforma constitucional por iniciativa ciudadana es francamente imposible, salvo que cuente con el propio patrocinio del gobierno nacional. En definitiva, las reformas a la Constitución son viables cuando media la voluntad política del Congreso y, en el caso del referendo, solo son viables cuando son de iniciativa o tienen el apoyo del gobierno nacional.

105. Se trata de los artículos 15, 24, 35, 48, 52, 58, 93, 96, 107, 108, 109, 111, 112, 116, 122, 125, 127, 134, 135, 152, 160, 161, 176, 197, 204, 221, 250, 251, 258, 261, 263, 264, 266, 299, 300, 303, 306, 312, 313, 314, 318, 322, 323, 328, 347, 356 y 357 de la Constitución Política.

106. Actos Legislativos No. 1 de 1993, No. 1 de 1995, No. 1 de 2001, Nos. 2 y 4 de 2007.

107. Acto Legislativo No. 1 de 2003.

palabras en 4 incisos, a 1325 palabras, 13 incisos, 2 párrafos y 6 párrafos transitorios, que representan un incremento de más del 1.000% de su contenido inicial.¹⁰⁸ Los temas más recurrentes y frecuentes, y los que han sufrido transformaciones más profundas, se refieren al sistema electoral¹⁰⁹ y a la asignación de recursos a las entidades territoriales.¹¹⁰ Las tendencias también son reveladoras: mientras durante la primera década de vida de la Carta los cambios se concentraron en aspectos puntuales y específicos de la parte dogmática de la Constitución (como la nacionalidad, la extradición, la propiedad privada y la expropiación sin indemnización), a partir del siglo XXI las reformas han sido más “invasivas”, profundas y desestructuradoras, y se concentran en la parte orgánica, especialmente en el sistema electoral y en la distribución de recursos entre las entidades territoriales.

Sin embargo, solo a partir de un análisis cualitativo es posible dimensionar el alcance de estas reformas. Estas alteraciones han logrado “transfigurar” la Carta Política, hasta el punto de que hoy en día, al menos en algunos aspectos, resulta irreconocible frente al documento original que fue expedido en 1991. Tanto en la parte dogmática como en la parte orgánica se han introducido profundos cambios, incluso en aspectos en los que Colombia había tenido una larga y consolidada tradición constitucional. Desde temas meramente nominales, como el cambio de “Santafé de Bogotá” a “Bogotá”,¹¹¹ hasta profundas reformas en el sistema electoral,¹¹² en la organización territorial y el sistema transferencias hacia las entidades territoriales,¹¹³ la representación y la conformación del Poder Legislativo,¹¹⁴ el alcance del control político ejercido por el Congreso,¹¹⁵ el sistema pensional¹¹⁶ y el procedimiento penal,¹¹⁷ pasando por temas como el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas,¹¹⁸ el deporte y la recreación,¹¹⁹ la extradición,¹²⁰ el fuero penal militar,¹²¹ el procedimiento parlamentario,¹²² la carrera administrativa en la Registraduría Nacio-

108. Acto Legislativo No. 1 de 2005.

109. Acto Legislativo No. 1 de 2003 y Acto Legislativo No. 1 de 2009.

110. Acto Legislativo No. 1 de 2001, Acto Legislativo No. 2 de 2004 y Acto Legislativo No. 4 de 2007.

111. Acto Legislativo No. 1 de 2000.

112. Actos Legislativos No. 1 de 2003, Nos. 1 y 2 de 2004 y No. 1 de 2009.

113. Actos Legislativos No. 1 de 1993, No. 1 de 1995, No. 1 de 2001 y Nos. 2, 3 y 4 de 2007.

114. Acto Legislativo No. 3 de 2005.

115. Actos Legislativos No. 1 de 2003 y No. 1 de 2007.

116. Acto Legislativo No. 1 de 2005.

117. Acto Legislativo No. 3 de 2002.

118. Acto Legislativo No. 2 de 2009.

119. Acto Legislativo No. 2 de 2000.

120. Acto Legislativo No. 1 de 1997.

121. Acto Legislativo No. 2 de 1995.

122. Acto Legislativo No. 1 de 2003.

nal del Estado Civil,¹²³ los requisitos para adquirir la nacionalidad colombiana,¹²⁴ la Corte Penal Internacional,¹²⁵ el incremento en el Presupuesto General del Estado para gastos generales entre los años 2002 y 2008,¹²⁶ los planes nacionales, departamentales, municipales y distritales de desarrollo para los años 1993 y 1994,¹²⁷ son tan solo algunos de los aspectos que han sido objeto de reformas constitucionales.

Un segundo problema se refiere a la inexistencia de criterios claros e inequívocos sobre el alcance del control constitucional que debe ejercer la Corte. Aparentemente, la cuestión se encuentra resuelta de antemano en la propia Constitución: el artículo 241 expresamente dispone que la competencia de la Corte respecto de los actos reformativos de la Constitución, convocatorias a referendo para reformar la Constitución o a Asamblea Constituyente se limita a los “vicios de procedimiento en su formación”; por su parte, el artículo 379 ratifica lo anterior al disponer que “los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título”, requisitos que se refieren a cuestiones de orden procedimental exclusivamente.

Sin embargo, a pesar de la aparente claridad del texto constitucional, las cosas en la práctica han resultado mucho más complejas y difíciles de resolver. Era claro que la Corte no debía obstaculizar los procesos de reforma constitucional amparada en la defensa de la Constitución, pues precisamente este mecanismo está diseñado para modificarla, y además el texto constitucional le asignaba expresamente un control de tipo procedimental. Por otro lado, sin embargo, como guardiana de la Constitución, tampoco debería permitir que el simple juego de las azarosas y a veces poco transparentes mayorías parlamentarias, pudiese desfigurar el texto constitucional.

Así, el control procedimental resultó ser más problemático de lo inicialmente previsto. La Corte, mediante la postulación del principio de instrumentalidad de las formas y el procedimiento, había establecido que no toda irregularidad formal y procedimental daba lugar a la invalidación del proceso parlamentario, sino únicamente cuando la irregularidad implica también la afectación de un principio sustancial. Ahora bien, ¿este principio es aplicable únicamente a los procesos parlamentarios de producción legislativa, o también aplicable a las reformas constitucionales? ¿El control formal y procedimental debía ser igual o más estricto que el efectuado a la producción legislativa? ¿Cómo y a partir de qué criterios es posible determinar cuándo

123. Acto Legislativo No. 1 de 2003.

124. Acto Legislativo No. 1 de 2002.

125. Acto Legislativo No. 2 de 2001.

126. Acto Legislativo No. 1 de 2001.

127. Acto Legislativo No. 2 de 1993.

una irregularidad formal implica también la vulneración de un principio sustancial?

Por otro lado, aunque la Constitución hablaba de un control de tipo procedimental, ya la teoría constitucional había diseñado un mecanismo para imprimirle una dimensión material. Según esta teoría, aunque en principio la justicia constitucional no puede efectuar un control material de las reformas constitucionales, uno de los vicios formales es la carencia de competencia; ahora bien, cuando un órgano de reforma constitucional excede sus competencias materiales alterando uno de los elementos estructurales del texto constitucional, y pasando de una simple reforma a una auténtica sustitución, la respectiva reforma carece de validez. Pues bien, ¿podía la Corte adoptar esta teoría y establecer límites al poder de reforma del Congreso? ¿era posible postular la existencia de “cláusulas pétreas” en la Constitución, no susceptibles de reforma?. Y en caso afirmativo, ¿cuáles eran estas cláusulas? ¿Y cuáles debían ser los límites al poder de reforma?

En definitiva, la Constitución parecía dejar más interrogantes que respuestas: Pues bien, ¿Cuál debería ser el papel de la Corte Constitucional frente a estos procesos? ¿Debería la Corte obstaculizarlos y mantener el texto original? ¿O debería ser una espectadora más o un “invitado de piedra” y dar vía al libre juego de las mayorías? ¿Es viable el control material de las reformas constitucionales o es admisible únicamente el control de tipo procedimental y formal? ¿Existen “cláusulas pétreas” que no pueden ser reformadas, o cualquier disposición puede ser alterada en su contenido? ¿Qué nivel de rigidez debe tener el control formal y procedimental de las reformas constitucionales y qué papel juega el principio de instrumentalidad de las formas y el procedimiento?

Una tercera dificultad se refiere al *contenido* de las reformas constitucionales. Un fenómeno “inquietante” es que muchas de las reformas no han buscado tanto modificar o alterar el contenido del *texto* constitucional, como las *interpretaciones* y las *consecuencias* que de éste ha derivado la Corte Constitucional. En este sentido, las reformas vienen a ser, no una derogación del texto constitucional propiamente dicho, sino una “derogación” de los precedentes constitucionales sentados por la propia Corte. Y cuando esto sucede, la Corte ha tenido la difícil función de controlar aquellos textos que contravienen directamente sus propias directrices jurisprudenciales.

Este es el caso, por ejemplo, de algunas de las reformas contenidas en el Acto Legislativo No. 1 de 2005, referidas al sistema pensional. Así, la prohibición de recibir más de 13 mesadas pensionales al año, salvo las destinadas a personas que reciben como pensión menos de 3 salarios mínimos y las pensiones que se haya causado antes del año 2011, tiene origen en la propia Corte Constitucional. En efecto, en los años 80, época de una inflación sin precedentes en el país, se previó la existencia de 14 mesadas pensionales como mecanismo para neutralizar los efectos de la pérdi-

da del valor adquisitivo de las pensiones; ahora bien, como a partir de la década de los 90 este fenómeno fue desapareciendo progresivamente, a nivel legislativo se consideró que las personas no debían recibir las 14 mesadas sino únicamente hasta 13. La Corte Constitucional, sin embargo, fundamentada en consideraciones relativas al derecho a la igualdad y en las teorías de los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, extendió este beneficio de las 14 mesadas a todas las personas. Como esto afectaba la sostenibilidad del sistema a corto, mediano y largo plazo, se recurrió a la reforma constitucional para hacer desaparecer el fundamento normativo de la decisión de la Corte. Algo semejante sucedió con el Acto Legislativo No. 1 de 2008, que pretendía “dar de baja” la orden de la Corte Constitucional de vincular a las personas a la carrera administrativa mediante un concurso público, acto que finalmente fue declarado inconstitucional.

De esta manera, la Corte Constitucional ha tenido que “lidiar” con reformas constitucionales que explícitamente buscan alterar sus decisiones y precedentes. Esto evidentemente representa otra dificultad.

Ahora bien, en medio de todas estas dificultades, ¿qué tipo de control ha efectuado la Corte? ¿Qué balance puede hacerse? En primer lugar, la Corte ha viabilizado la mayor parte de reformas constitucionales; prueba de ello es que la mayor parte de actos legislativos han sido declarados constitucionales, con algunas pocas excepciones; así, en diferentes oportunidades la Corte ha “pasado por alto” diversas irregularidades en el trámite parlamentario para la aprobación de Actos Legislativos, a partir del principio de la instrumentalidad de las formas y el procedimiento, y en otras ocasiones ha considerado que las modificaciones no alteran ningún elemento estructural de la Carta Política.

En segundo lugar, las consideraciones vertidas por la Corte en el examen de las reformas constitucionales, se han convertido en parámetros útiles para direccionar la actividad parlamentaria y la iniciativa del gobierno en esta materia. Así por ejemplo, los criterios vertidos en la sentencia C-551/03 sobre la libertad del elector son hoy en día estándares que deben ser tenidos en cuenta para la formulación de cualquier proceso de participación popular directa. Exigencias como la de que las notas introductorias a las preguntas puestas a consideración de la ciudadanía estén formuladas en un lenguaje descriptivo y valorativamente neutro, que se exista conexidad directa entre el texto normativo propuesto y la finalidad que allí en ellas se señala, que no induzcan respuestas en el elector y que no proporcionen información superflua o sin relación directa e inmediata con el texto normativo, definitivamente constituyen estándares en procesos futuros procesos políticos de esta naturaleza.¹²⁸ Algo análogo

128. Estas reglas jurisprudenciales, incluso, han trascendido las fronteras nacionales. Así, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador (LOGJCC) trasladó directamente los paráme-

ocurre con las reglas jurisprudenciales para verificar la regularidad del procedimiento parlamentario de aprobación de reformas constitucionales, que necesariamente se deben tener en cuenta por el gobierno nacional y el Congreso de la República, si aspiran a la declaratoria de constitucionalidad del respectivo acto reformativo. Otra “guía” muy importante se refiere a los límites en el poder de reforma del Congreso: según la Corte, la Constitución Política únicamente otorga al parlamento la facultad para *reformularla*, pero no para sustituirla o cambiarla, y por tanto, cuando introduce una modificación que entraña una sustitución de principios estructurales, el órgano de reforma excede sus competencias y el respectivo acto es inconstitucional; estos límites de tipo sustancial deben y deberán ser tenidos en cuenta por el Congreso y el gobierno nacional.

En tercer lugar, en diferentes oportunidades los criterios vertidos por la Corte se han traducido en decisiones concretas que han limitado y restringido las reformas constitucionales. Así, en la sentencia C-551/03 de la Corte Constitucional se declaró la inconstitucionalidad de las propuestas que autorizaban a los integrantes de los grupos armados al margen de la ley y vinculados a un proceso de paz para ser designados como congresistas, diputados y concejales, la inclusión de una casilla para el voto en blanco y para el voto en bloque, así como la mayor parte de las notas introductorias. Consideraciones del tipo “para hacer efectiva la participación de la comunidad (...) en el control de los presupuestos y gastos del Estado (...)”, “para proteger la sociedad colombiana, particularmente su infancia y su juventud, contra el uso de cocaína, marihuana, éxtasis y cualquier otro alucinógeno (...)”, “para destinar el ahorro que produzca la supresión de las contralorías territoriales y las personerías a la educación y saneamiento básico y el sistema de seguridad social de las entidades territoriales (...)” fueron declaradas inexecutable.

De igual modo, mediante la sentencia C-816/04 (M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes) se declaró la inconstitucionalidad del Acto Legislativo No. 2 de 2003, mediante el cual se adoptaron diferentes medidas para enfrentar el terrorismo. Allí se establecía, entre otras cosas, la posibilidad de que se pudiese interceptar y registrar la correspondencia y demás formas de comunicación privada sin previa orden judicial y con un control judicial posterior, la autorización para llevar un informe de residencia de los habitantes del territorio nacional, la autorización para

tros vertidos en la sentencia C-551/03 a sus artículos 104 y 105; algo semejante ocurrió con la regulación del control constitucional de los estados de excepción, de la actividad parlamentaria y de las reformas constitucionales plasmadas en los artículos 103, 116, 117, 119, 120, 121, 122 y 123 de la misma ley, y que en buena parte recogen el desarrollo jurisprudencial colombiano en esta materia. Cfr. Claudia Escobar García, “Entre identidad e intercambio. El caso de constitucionalismo ecuatoriano”, en Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer MacGregor, eds., *Hacia un derecho constitucional común en América Latina*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2010.

detenciones, allanamientos y registros domiciliarios sin previa orden judicial con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior, y finalmente, la posibilidad de que el gobierno reglamente la materia en caso de omisión legislativa del Congreso.

Otro caso importante se refiere a la reciente sentencia de la Corte Constitucional en la que se declaró la inconstitucionalidad del Acto Legislativo No. 1 de 2008. En efecto, allí se daba vía libre a la inscripción en la carrera administrativa *sin concurso público*, de aquellas personas que venían prestando sus servicios desde el 2004 a título de provisionalidad; más aún, se ordenaba la suspensión de los concursos para realizar la inscripción en la carrera administrativa de quienes estaban vinculados de este modo. Pues bien, en la sentencia C-588/09 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Corte realiza el “juicio de sustitución” y concluye que estos nombramientos automáticos sin concurso son abiertamente incompatible con los principios que rigen la carrera administrativa como el mérito, la idoneidad y la igualdad. Por estas razones, la Corte no solo declara la inexecutable del Acto Legislativo, sino que además le dio efectos retroactivos a su decisión, dejando sin efecto las inscripciones en la carrera administrativa realizadas sin concurso y como efecto de la reforma constitucional, y ordenando la reanudación inmediata de los concursos correspondientes.

De igual modo, el Acto Legislativo No. 1 de 2009, que estableció una profunda reforma al sistema electoral, fue declarado parcialmente inconstitucional. Mediante la sentencia C-040/10 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) se declaró inexecutable el artículo 13, mediante el cual se establecía como una excepción a la inhabilidad para ser elegido para más de un órgano de elección popular o cargo público que coinciden parcialmente en el tiempo, cuando se presenta la respectiva renuncia dentro de los 6 meses anteriores. Nuevamente, el “juicio de sustitución” arroja el mismo resultado: la excepción es incompatible con los principios esenciales del texto constitucional.

Por último, la famosa ley que convocaba a un referendo para autorizar dos reelecciones presidenciales consecutivas (y una nueva reelección del presidente Uribe) fue declarada inconstitucional por diversas razones. En primer lugar, la aprobación de la ley que convocó al referendo estuvo precedida de diversos vicios procedimentales, que lejos de ser meros ritualismos, guardan relación directa e inmediata con el principio democrático; así por ejemplo, el Comité de Promotores gastó una suma superior a 6 veces lo autorizado por el Consejo Nacional Electoral, los aportes individuales a éste fueron 30 veces superiores a lo permitido y se entregaron a una organización diferente al Comité de Promotores (la Asociación Colombia Primero), la iniciativa ciudadana no contó con la certificación del Registrador Nacional del Estado Civil ordenada legalmente, y el Congreso aprobó un texto diferente al propuesto por la iniciativa ciudadana (pues el proyecto original no autorizaba la segunda reelección

inmediata sino únicamente por período interpuesto). Pero además, la Corte Constitucional consideró que la reforma implicaba un quebrantamiento de los principios estructurales y de los elementos definitorios de la Constitución Política, como el principio de separación de poderes, el sistema de frenos y contrapesos, la regla de la alternación, los períodos preestablecidos, el derecho a la igualdad y el carácter general y abstracto de las leyes, modificación que al implicar en realidad una sustitución constitucional, no era competencia del Congreso. En estas circunstancias, la Corte Constitucional declara la inexecutable total de la Ley 1354 de 2009 mediante la sentencia C-141/10.¹²⁹

DESCONCENTRACIÓN DE LA DEFENSA JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN

Aunque con mucha frecuencia se suele identificar a la justicia constitucional en Colombia con la Corte Constitucional, lo cierto es que la defensa judicial de la Constitución es mucho más compleja. Si bien es cierto que su cabeza visible es la Corte, no es menos cierto que tras ella se encuentra todo un complejo andamiaje, cuya lógica es imprescindible identificar para explicar las fortalezas del constitucionalismo colombiano, pero también su problemática y sus dificultades.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que toda la actividad judicial está enmarcada por la Constitución, y que por tanto debe sujetarse a las exigencias que de ella se derivan. De este postulado general tan obvio y elemental se desprenden varias consecuencias. Primero, todos los jueces deben abstenerse de aplicar las disposiciones cuyo contenido es materialmente incompatible con la Constitución Política, o aquellas cuya aplicación al caso concreto genere alguna situación de inconstitucionalidad. Este deber no se limita a aquellas disposiciones que han sido objeto de una declaratoria de inconstitucionalidad o de nulidad por el juez constitucional, y por el contrario, cobra especial relevancia cuando tal pronunciamiento no existe, y más aún, cuando se ha declarado la inconstitucionalidad *en abstracto* de la disposición, pero su aplicación en hipótesis específicas es inconstitucional. Como en estos casos procede la inaplicación directa, sin que se requiera formular consulta o enviar un informe de inaplicabilidad a la Corte Constitucional (a diferencia de lo que ocurre con otros países de la región), se trata de una tarea especialmente compleja, delicada e importante a cargo de todos los jueces, y que al menos en principio, no es “supervisada” por la Corte Constitucional.

129. Comunicado de Prensa de la Corte Constitucional de Colombia No. 9, del 26 de febrero de 2010.

Pero además, los jueces tienen la obligación de elegir aquella interpretación de las disposiciones legales e infra-legales que sean compatibles con la Constitución y que optimicen en mayor medida sus preceptos. Esto no solo implica conocer y acatar múltiples sentencias de constitucionalidad condicionada de la Corte Constitucional y de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Consejo de Estado y jueces y tribunales administrativos), sino además tener un amplio conocimiento del texto y de la jurisprudencia constitucional para poder emprender esta tarea de constitucionalización del derecho ordinario. Esta tarea únicamente puede ser realizada por la justicia ordinaria, pues es la que está llamada a operar el derecho civil, el derecho comercial, el derecho laboral, el derecho penal, etc.; la Corte Constitucional ofrece tan solo unos lineamientos generales, pero es en la justicia ordinaria donde se lleva hasta sus últimas consecuencias el texto constitucional.

Esta labor de adecuación e interpretación puede resultar bastante compleja. Baste para ilustrar la idea con un ejemplo. De los 72 artículos que conforman el Título Preliminar del Código Civil, 15 artículos han sido objeto de pronunciamientos de constitucionalidad, que comprenden declaratorias de inexecutableidad, de constitucionalidad condicionada y de executableidad.¹³⁰ Algo similar puede predicarse del libro I del mismo Código Civil (“Personas”), en el que al menos 55 artículos han sido objeto de un pronunciamiento constitucional de fondo, bien sea mediante una sentencia de constitucionalidad o inconstitucionalidad simple, o de una constitucionalidad condicionada.¹³¹ La jurisprudencia de la Corte ha implicado una transformación de todo el derecho de familia, configurándose una especie de renovación normativa por vía judicial. Pero además, debe tenerse en cuenta que la obligación de los jueces ordinarios no solo consiste en conocer y acatar el derecho positivo así reformulado por vía

130. Entre ellos se encuentran los artículos 9, 25, 33, 34, 38, 47, 48, 57, 59, 61, 71 y 72.

131. Entre ellos se encuentran los artículos 90, 91, 92, 93, 117, 124, 125, 145, 126, 127, 131, 140, 143, 145, 154, 156, 169, 170, 171, 173, 174, 180, 198, 214, 215, 217, 237, 244, 246, 248, 249, 253, 260, 262, 310, 312, 314, 315, 335, 411, 413, 414, 416, 422, 423, 449, 457, 519, 545, 548, 552, 554, 560, 592, 596 y 669 del Código Civil.

Este es el caso de la reciente sentencia C-144/10 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en la que se declara la inconstitucionalidad parcial y la constitucionalidad condicionada del artículo 62 del Código Civil, que establecía que los padres de hijos extramatrimoniales no podrían tener la patria potestad cuando fueron declarados como padre o madre en juicio contradictorio. En este caso, la Corte declaró la inconstitucionalidad de aquella parte del precepto que limitaba la “sanción” a los padres de hijos extramatrimoniales, y al mismo tiempo establece que la prohibición para ejercer la patria potestad no es automática, sino que el juez debe valorar en cada caso particular si el padre o madre tiene la idoneidad para cumplir con las responsabilidades que se derivan de la patria potestad.

Otras sentencias de la Corte Constitucional sobre el Título Preliminar y el Título I del Código Civil, las siguientes: C-820/06 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-804/06 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-534/05 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-159/04 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), C-478/03 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-983/02 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), C-112/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-401/99 (M.P. Fabio Morón Díaz), C-004/98 (M.P. Jorge Arango Mejía), C-595/96 (M.P. Jorge Arango Mejía) y C-344/93 (M.P. Jorge Arango Mejía).

judicial, sino en emprender esta tarea por sí mismos, respecto de todas aquellas disposiciones sobre las cuales existen sentencias interpretativas de la Corte. En este contexto, los jueces constitucionales por excelencia son todos los jueces ordinarios: los que resuelven procesos ejecutivos, civiles ordinarios, laborales, penales, etc.

Como si lo anterior fuera poco, expresamente la Constitución y la ley atribuyen funciones constitucionales a jueces distintos a la propia Corte Constitucional. Este es precisamente el caso de las acciones de tutela para la protección de los llamados “derechos fundamentales”, y por extensión, de los derechos económicos, sociales y culturales.¹³² Según la Constitución Política, el decreto 2591 de 1991 y el decreto 1382 de 2000, las acciones de tutela son resueltas en primera y segunda instancia por los jueces ordinarios. El papel de la Corte Constitucional consiste en fijar las líneas jurisprudenciales que deben ser tenidas en cuenta por la justicia ordinaria, a partir de una selección discrecional de las sentencias expedidas por la justicia ordinaria; del total de sentencias de tutela, sin embargo, en promedio tan solo el 2,15% son conocidas por la Corte Constitucional,¹³³ por lo que en general son estos jueces, y no la propia Corte, los que garantizan jurisdiccionalmente los derechos de primera y segunda generación.

De igual modo, las acciones populares, diseñadas para la protección de los derechos colectivos (como el ambiente sano, la salubridad pública, el espacio público, la moralidad administrativa), son conocidas y resueltas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según las reglas de competencia previstas en la ley 472 de 1998. De manera análoga a lo que ocurre con la acción de tutela, el Consejo de Estado conoce de algunos cuantos casos, mientras que son los jueces administrativos, los tribunales administrativos, los encargados de garantizar jurisdiccionalmente la eficacia de estos derechos colectivos.

Pero además, debe tenerse en cuenta que por regla general las acciones constitucionales de protección de derechos no han sido diseñadas para obtener la reparación integral (art. 25 del decreto 2591 de 1991), de modo que los eventuales daños (patrimoniales y extrapatrimoniales) deben ser reparados por la vía ordinaria; así, cuando el responsable del daño es el Estado, la reparación integral respectiva debe ser reconocida en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, normalmente a través de una acción de reparación directa; y cuando proviene de un particular, en la justicia ordinaria.

132. Sentencia T-760/08, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

133. Claudia Escobar García, “Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 231.

El control abstracto de constitucionalidad tampoco se encuentra concentrado en la Corte Constitucional. Ésta lo ejerce únicamente sobre las reformas constitucionales, las leyes y los decretos con fuerza de ley (decretos-leyes, decretos legislativos y decretos de planeación), mientras que la jurisdicción de lo contencioso administrativo efectúa el control de constitucionalidad de las demás disposiciones que hacen parte del sistema jurídico: decretos, resoluciones, oficios, actas, acuerdos municipales, certificaciones, circulares, directivas presidenciales, memorandos, ordenanzas departamentales, entre otras, expedidas por todas las entidades estatales del orden nacional, departamental, distrital y municipal, centralizadas y descentralizadas, son controladas en su constitucionalidad por los jueces administrativos, los tribunales administrativos y el Consejo de Estado, fundamentalmente a través de las acciones de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho. Aunque estos actos son jerárquicamente inferiores a los controlados por la Corte, su importancia no debe ser desdeñada, pues también ahí se “juegan” los derechos de las personas.

Lo anterior no significa que la Corte Constitucional tenga un papel marginal dentro de la defensa judicial de la Constitución Política. Por el contrario, esta “racionalización” contribuye decisivamente al fortalecimiento de la Corte Constitucional, seleccionando sentencias paradigmáticas que sirvan para definir las grandes líneas de los derechos constitucionales, y resolviendo las acciones de inconstitucionalidad sobre las normas de mayor rango jerárquico del sistema jurídico. Esto significa que si bien la Corte no tiene el “monopolio”, en cualquier caso sí tiene facultades para dirigir y determinar las condiciones del control constitucional en el país.

Esta falta de monopolio, sin embargo, tiene una contrapartida. En primer lugar, los jueces de tutela no necesariamente conocen y están dispuestos a acatar las directrices fijadas por la Corte Constitucional, de modo que es posible encontrar numerosas sentencias que se apartan de estos lineamientos; aunque la Corte tiene la facultad para seleccionar, revisar y revocar aquellas sentencias de tutela que se apartan de estos lineamientos, esta facultad de ningún modo asegura el acatamiento.

En segundo lugar, la misma Corte, en virtud del principio de autonomía funcional en el ejercicio de la función judicial, admite que los jueces se aparten de sus precedentes, previo el cumplimiento estricto de las cargas de transparencia y argumentación.¹³⁴ En estos casos, entonces, resulta legítimo el alejamiento del precedente.¹³⁵

En tercer lugar, el control abstracto de constitucionalidad respecto de actos normativos y administrativos distintos las reformas constitucionales, leyes y decretos

134. Sentencias SU-640/98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-168/99 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-009/01 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-068/00 (M.P. José Gregorio Hernández) y C-836/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

135. Cfr. Diego Eduardo López Medina, *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Ed. Legis / Universidad de los Andes, 2006, pp. 73-108, 193-264.

con fuerza de ley, se encuentra atribuido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante las acciones de nulidad, y nulidad y restablecimiento del derecho, por lo cual la Corte no tiene la competencia para pronunciarse sobre ellas. Puede suceder incluso que la Corte considere que cierta disposición es inconstitucional, pese a lo cual debe atenerse al juicio que realicen los jueces y tribunales administrativos y el Consejo de Estado. Este es precisamente el caso del auto 071 de 2001, en el que la Corte ordenó la inaplicación de ciertas disposiciones del Decreto 1382 de 2000 sobre distribución de competencias en materia de acción de tutela, pero cuya constitucionalidad quedó posteriormente confirmada por el Consejo de Estado. También es el caso del decreto 4444 de 2006 del Ministerio de Protección Social, que plasmaba las directrices fijadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-355/06 sobre el suministro de servicios de salud relacionados con el aborto, y que fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado al considerar que en principio la competencia regulativa correspondía al legislador y no al gobierno nacional.¹³⁶

En cuarto lugar, es precisamente en el ejercicio de las competencias ordinarias (distintas a las estrictamente constitucionales) donde los jueces tienen una amplia posibilidad de apartarse del precedente constitucional. Cuando los jueces resuelven algún asunto en materia civil, comercial, penal, laboral o administrativa, es posible que su decisión responda a una interpretación de la ley incompatible con las directrices interpretativas establecidas por la Corte Constitucional.

Estos casos no han sido excepcionales. Así por ejemplo, la protección a la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas contenida en el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo, ha sido entendida de diferentes maneras por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional: mientras para ésta carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto sin la correspondiente autorización del funcionario de trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido,¹³⁷ para aquella el despido sin el cumplimiento de estos requisitos únicamente acarrea el pago de la indemnización tasada legalmente.¹³⁸

Pues bien, estas decisiones de la justicia ordinaria comenzaron a ser atacadas por vía de tutela, de modo que en diversas oportunidades la Corte Constitucional revocó sentencias de las Altas Cortes (Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), quie-

136. Auto de la Sección Primera del Consejo de Estado, 15 de octubre de 2009, C.P. María Claudia Rojas Lasso, exp. 2008-00256-00.

137. Sentencia C-470/97, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

138. Cfr. Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Rad. 13561, 11 de mayo de 2000, M.P. Germán G. Valdés Sánchez.

nes a su turno se han negado a acatar las decisiones de aquella.¹³⁹ Si bien el decreto 1382 de 2000 alivió en alguna medida el famoso “choque de trenes”, al establecer una distribución de competencias que permite a las Altas Cortes resolver sus propios conflictos sin la injerencia directa y automática de la Corte, la tesis de que la tutela es improcedente frente a las decisiones de las altas Cortes ha impedido la resolución del conflicto. Tan es así, que el “choque de trenes” ha llegado hasta el sistema interamericano de derechos humanos.¹⁴⁰

Lo anterior significa que la defensa judicial de la Constitución trasciende por mucho los procesos constitucionales relativos al control abstracto de constitucionalidad y a las acciones de protección de derechos. Y, siendo la defensa de la Constitución un campo tan extenso y tan amplio, no es razonable suponer que esta labor pueda ser ejecutada directamente por un pequeño cuerpo de personas como la Corte Constitucional. Únicamente la adecuada articulación de todas estas instancias y la conservación del delicado equilibrio entre todas ellas hace posible el correcto funcionamiento de la justicia constitucional.

CONSTRUCCIÓN PERMANENTE Y PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN POR VÍA JUDICIAL

Hoy en día, el constitucionalismo colombiano tiene muy poco que ver con el texto constitucional. Si alguien lo quisiera conocer, al menos superficialmente, sin ningún tipo de duda la mera lectura y comprensión de la Constitución de 1991 y sus reformas resultaría absolutamente insuficiente. Pero este fenómeno no se debe al hecho de que los operadores jurídicos (legisladores, jueces, la burocracia de la administración pública, litigantes) hayan acordado desconocer la Constitución. No se trata de que la Constitución haya sido derogada por vía consuetudinaria. Es más bien lo contrario. Lo que se ha intentado es llevar hasta sus últimas consecuencias los preceptos constitucionales, traduciéndolos en reglas concretas y precisas que permitan guiar efectivamente la actuación del Estado y los particulares, y el proceso de producción normativa.

139. Cfr. Auto de la Sala Plena del Consejo de Estado, Rad. 4361-02, 20 de septiembre de 2006, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

140. Cfr. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos No. 44/08, Caso 12448, Sergio Emilio Cadena Antolinez vs. Colombia, 23 de julio de 2008. En este caso, la responsabilidad del Estado colombiano se configura por impedir el acceso a la administración de justicia, en la medida en que el “choque de trenes” entre la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia impidió el acceso real y efectivo a la justicia y la resolución del conflicto jurídico subyacente.

En efecto, dada la naturaleza misma del texto constitucional, sus preceptos tienen un alto nivel de generalidad y abstracción que no siempre resulta útil para dirigir la actuación de las personas. Adicionalmente, los eventuales “choques” o conflictos entre principios o entre reglas constitucionales, o entre estos y aquellos, impiden resolver los problemas que se presentan en la vida real. El resultado de ello es que con fundamento en el mismo texto constitucional se pueden obtener conclusiones y soluciones diametralmente opuestas frente a los problemas concretos de la vida política, económica y social.

En estas circunstancias, se ha requerido de un proceso de concreción del texto constitucional que permita definir su alcance específico en los diferentes contextos de la realidad. La justicia constitucional, con la Corte Constitucional a la cabeza, han llevado a cabo este proceso a través de la definición de reglas jurisprudenciales que establecen el alcance del texto constitucional para las distintas hipótesis de hecho posibles. De esta manera, existe un proceso permanente de concreción y de actualización de la Constitución en diferentes sentidos: por un lado, progresivamente se especifican los preceptos constitucionales por medio de reglas que concretan su sentido y alcance; por otro lado, estas reglas son objeto de un proceso de actualización permanente a partir del texto constitucional: se modifican, se establecen excepciones a las reglas, se amplía su alcance, entre muchas otras cosas.

Por esta razón, la Constitución hoy en día rebasa por mucho el texto constitucional; así, al lado de los genéricos principios sobre la participación ciudadana, los procesos democráticos, el derecho a la salud, el derecho a la vida, la libertad de conciencia, la libertad de expresión o el derecho a un medio ambiente, tenemos el siguiente tipo de reglas: las entidades estatales deben tener una ventanilla preferencial para la atención de ancianos, discapacitados y mujeres embarazadas; las requisas en las entradas de las cárceles por medio de perros es constitucionalmente admisible únicamente cuando se hace con trailla controlada o sujetos a la correa, y no cuando son dejados libres sin que el guía ejerza dominio sobre ellos;¹⁴¹ los infantes de cuatro años tiene facultad de autodeterminación sobre su apariencia personal, incluso sobre la longitud de su cabello;¹⁴² los reglamentos de los jardines infantiles que obligan a las infantes a llevar el cabello corto para impedir el contagio de la pediculosis capilar son inconstitucionales e inaplicables;¹⁴³ las EPS tienen la obligación de suministrar a sus afiliados con enfermedades catastróficas el tratamiento ordenado por el médico tratante, aun cuando no hayan cumplido con el período mínimo de coti-

141. Sentencia T-462/09, M.P. Mauricio González Cuervo.

142. Sentencia SU-642/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

143. Sentencia SU-642/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

zación, y además deben asumir el costo financiero en proporción al período efectivamente cotizado, salvo que el afiliado carezca de la capacidad económica, caso en el cual el costo corre a cargo de la EPS, sin perjuicio del derecho de repetición con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga);¹⁴⁴ la contabilización del intervalo de ocho días, previsto en el artículo 168 de la Constitución Política, para la realización de los debates parlamentarios para la aprobación de las leyes, debe hacerse en días comunes y no en días hábiles;¹⁴⁵ la Corte Constitucional es competente para realizar el control constitucional de los decretos previstos en los artículos transitorios 10 y siguientes de la Constitución Política;¹⁴⁶ el régimen de salud previsto en la ley 691 de 2001 rige exclusivamente para las comunidades indígenas y no es extensible a las comunidades afrodescendientes;¹⁴⁷ el legislador está facultado constitucionalmente para eliminar los subsidios a la oferta y para otorgarlos exclusivamente a la demanda en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.¹⁴⁸

De esta manera, las personas del común y los operadores jurídicos no solo se guían por estos mandatos generales contenidos en el texto constitucional, sino sobre todo por este tipo de reglas jurisprudenciales que precisan con claridad la actuación debida para cada hipótesis de hecho. La construcción ordenada y rigurosa de un sistema de precedentes es precisamente una de las fortalezas del constitucionalismo colombiano. Este proceso, entonces, es el que realmente da vida a la Constitución y permite que ella no se quede en meras palabras, sino que se traduzca en exigencias concretas en los distintos escenarios de la vida social, económica y política de un país.¹⁴⁹

Lo anterior significa que el componente normativo, aunque importante, de ningún modo agota el derecho constitucional. Éste poco tiene que ver con un documento cerrado e inflexible, sino más bien con un *proceso* en constante evolución, que acumulativa, progresiva y lentamente se construye a partir de la elaboración y reformulación permanente de estas reglas jurisprudenciales.

144. Sentencia T-190/99, M.P. Alejandro Caballero Martínez.

145. Auto 118/07, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

146. Auto 006/94.

147. Sentencia C-864/08, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

148. Sentencia C-739/08, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

149. Sobre la necesidad de reglas judiciales que precisen el contenido y alcance del texto constitucional, cfr. Claudia Escobar García, "El rol de las reglas en la era de los principios", en Claudia Escobar García, edit., *Teoría y práctica de la justicia y el control constitucional*, pp. 209-256.

DIÁLOGO ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO Y OTROS SISTEMAS CONSTITUCIONALES

Hasta el momento se ha dicho que la efectivización de la Constitución Política requiere de un amplio y complejo proceso de concreción mediante la elaboración y reformulación permanente de reglas jurisprudenciales. Sin embargo, como estas reglas jurisprudenciales no son una mera derivación lógica y necesaria de los preceptos constitucionales, el juez constitucional debe “alimentarse” de diversas fuentes, más allá del propio texto constitucional.

Es por esta razón que la Corte Constitucional ha entablado un interesante proceso de recepción doctrinal, jurisprudencial y normativa. De este modo, la amplia producción de jurisprudencia de la Corte ha estado mediada por la recepción de estas herramientas.

El más obvio proceso de recepción proviene del mismo texto constitucional, que establece el denominado “bloque de constitucionalidad”. A partir de la conceptualización de este bloque, se ha comenzado a entablar un interesante diálogo con el sistema mundial e interamericano de derechos humanos. En repetidas ocasiones se acude a la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros.

Y aunque la Corte Constitucional no ha llegado a reconocer que otros instrumentos internacionales de derechos humanos sean parte del bloque de constitucionalidad o que tengan fuerza vinculante, con relativa frecuencia se sirve de la jurisprudencia o de la Opiniones Consultivas de Corte Interamericana de Derechos Humanos, de los informes de la Comisión Interamericana, e incluso de las recomendaciones y observaciones generales de los comités que vigilan el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos.

Un caso emblemático de este tipo de recepción se encuentra en la sentencia T-760/08, que sistematiza los problemas relativos al derecho a la salud en Colombia. Allí se utilizan diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Observación General No. 14 (2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que sirven de fundamento a algunas de las reglas jurisprudenciales allí definidas. Por su parte, la sentencia T-462/09 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), que establece algunos parámetros para el ingreso de visitantes a las cárceles, se sustenta en diversos tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia (como el

Pacto Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos), y también en otros instrumentos que hacen parte del *soft law*, como el Informe No. 38/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,¹⁵⁰ la Opinión Consultiva OC-6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁵¹ la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, los Principios Básicos para el Tratamiento de los reclusos, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.¹⁵² Pareciera entonces que en algunas ocasiones los intentos por definir el contenido del bloque de constitucionalidad carece de relevancia jurídica, pues todos los instrumentos, hagan o no hagan parte de éste, sirven de fundamento normativo a las decisiones de la Corte.

Pero además, la Corte ha efectuado una especie de “recepción horizontal”, con respecto a sistemas constitucionales con los cuales no guarda una relación estructural. En este sentido, se ha servido de la jurisprudencia constitucional comparada de distintos países y de órganos regionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Así por ejemplo, para establecer los parámetros para que el Estado pueda sustraer a los padres del cuidado de los hijos por una situación de abandono, la Corte colombiana tuvo en cuenta una abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en esta sentencia¹⁵³ fueron citadas al menos 11 sentencias del Tribunal de Estrasburgo.¹⁵⁴

150. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 38/96, Caso 10506 X y Y vs. Argentina.

151. Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, serie A, No. 6, párrafo 21.

152. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 29 de julio de 1988, serie C, No. 4, párrafo 165.

153. Sentencia T-572/09, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

154. Las sentencias del TEDH fueron las siguientes: Eur. Court H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 December 2001; Eur. Court H.R., Case of T and K v. Finland, Judgment of 12 July 2001; Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000; Eur. Court H.R., Case of Bronda v. Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV; Eur. Court H.R., Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV; Eur. Court H.R., Case of Ahmut v. the Netherlands, Judgment of 27 November 1996, Reports 1996-VI; Eur. Court H.R., Case of Gül v. Switzerland, Judgment of 19 February 1996, Reports 1996-I; Eur. Court H.R., Case of Berrehab v. the Netherlands, Judgment of 21 June 1988, series A No. 138; Eur. Court H.R.; Eur. Court H.R., Case of K and T v. Finland, Judgment of 12 July 2001; Eur. Court H.R., Case of Scozzari and Giunta, Judgment of 11 July 2000; Eur. Court H.R., Case of Olsson v. Sweden (No. 2), Judgment of 27 November 1992, series A No. 250.

De igual modo, con cierta frecuencia se apela a la jurisprudencia alemana, española e italiana, en temas como la modulación de los efectos de las sentencias, las omisiones normativas inconstitucionales absolutas y relativas, el test de proporcionalidad, la ponderación, o el contenido esencial de los derechos, e incluso sobre las técnicas para el manejo del precedente judicial. Así por ejemplo, en diversas sentencias se ha utilizado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán para fundamentar ciertas reglas jurisprudenciales; este es el caso de la sentencia T-439/09 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), que se refirió a la jurisprudencia alemana sobre los conflictos entre la libertad de prensa y el derecho a la intimidad y en la que se reconoce la facultad para difundir públicamente información personal e íntima en medios de comunicación, cuando ello ha sido aceptado por el afectado, o cuando éste se encarga de desvelar la respectiva información; en la sentencia T-371/09 (M.P. Jorge Iván Palacio), por su parte, se alude a la doctrina del “*dwittwirkung der grundrechte*” o sobre el efecto directo de los derechos fundamentales, para estructurar y fundamentar la figura de la tutela contra particulares; en la sentencia C-473/94 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se refiere a la figura de las “resoluciones de aviso o admonitorias” de la jurisprudencia alemana, y el salvamento de voto a la sentencia C-545/08 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto se refiere a las “sentencias apelativas” o “sentencias de todavía constitucionalidad” de la jurisprudencia alemana, en las que el juez advierte que la norma objeto de control es aún constitucional, pero que en un futuro puede devenir en inconstitucional si no se adoptan cierto tipo de medidas en el corto plazo.

La recepción de la doctrina extranjera tampoco ha sido extraña a la justicia constitucional colombiana. Asuntos como los conflictos normativos y sus técnicas de resolución, la relación entre las reglas y los principios, el valor normativo de los principios, la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, la modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad abstracta, la interpretación constitucional, las técnicas para el alejamiento del precedente judicial, entre muchos otros, han sido definidos y desarrollados a partir de una relativamente importante recepción de la doctrina nacional y extranjera. Así, en al menos 8 sentencias se hace referencia explícita a Robert Alexy,¹⁵⁵ en al menos 25, a Hans Kelsen¹⁵⁶ y en al menos 4, al clásico Ronald Dworkin.¹⁵⁷

155. Sentencias SU-913/09 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-701/09 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-264/09 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-212/09 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), C-825/06 (M.P. Jaime Araujo Rentería), C-983/05 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-836/04 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-873/03 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

156. Sentencias C-588/09 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-264/09 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), C-032/09 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-1159/08 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-1154/08 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-1058/08 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-940/08 (M.P. Jaime Araujo Rentería), C-

Aunque estas referencias no necesariamente constituyen criterios materiales de decisión (pues en ocasiones puede tratarse referencias retóricas), y aunque la citación explícita en realidad no logra revelar el nivel de recepción doctrinal, en cualquier caso sí son indicativas de cierto nivel de intercambio y apertura. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la experiencia comparada demuestra que no siempre este tipo de recepción es *per se* más garantista, y que en ocasiones puede colisionar con un entendimiento local de los derechos constitucionales; así ha ocurrido en Alemania¹⁵⁸ e Italia,¹⁵⁹ donde el Tribunal y la Corte Constitucional respectivamente han visto en la integración y en el sistema europeo de derechos humanos una eventual vulneración de derechos constitucionales.¹⁶⁰

LA IDENTIDAD DEL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

Lo anterior de ningún modo significa que el constitucionalismo colombiano sea un simple agregado de figuras “importadas”. Aunque ningún sistema constitucional es enteramente autónomo, y el colombiano tampoco lo es, lo cierto es que la experiencia en el país ha dado lugar a ciertas particularidades y especificidades que revelan cierto nivel de creatividad y originalidad.

Una de las manifestaciones de este fenómeno se encuentra en la creación de categorías conceptuales propias. Conforme se ha ido complejizando el litigio constitucional en el país, la Corte Constitucional ha venido elaborando y desarrollando teorías y conceptos que respondan a estas necesidades específicas. Expresiones como “carencia actual de objeto por daño consumado o hecho superado”, “cosa juzgada aparente” o “control integral”, ponen en evidencia este nivel de conceptualización. Veamos dos ejemplos.

939/08, C-801/08 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-647/08 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-699/07 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), C-858/06 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), C-1260/05 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-043/04 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-901/03 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), C-873/03 (M.P. Manuel José Cepeda), C-551/03 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), C-618/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-760/01 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa), T-555/99 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

157. Sentencias T-264/09 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), C-1057/05 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-239/97 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y C-511/94 (M.P. Fabio Morón Díaz).

158. Cfr. Caso *Görgülü*, BVerFGE 111, 307 (323), Caso *Solange I*, BVerFGE 37, 271 (292), Caso *Solange II*, BVerFGE 73, 339 (345), Caso *Solange III*, BVerFGE 102, 147 (165) y Caso *Maastricht*, BVerFGE 89, 155 (198).

159. Cfr. la sentencia No. 311/09 de la Corte Constitucional de Italia.

160. Cfr. Armin von Bogdandy, “Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre el Derecho constitucional internacional e interno”, en Claudia Escobar, edit., *Teoría y práctica de la justicia y el constitucional*, pp. 409-432.

Una de las particularidades se refiere al denominado “control integral” en los procesos de constitucionalidad abstracta, en virtud del cual el juez constitucional debe confrontar la disposición demandada con la totalidad del Carta Política, más allá de los cargos formulados por el demandante. En estas circunstancias, es posible que una disposición sea declarada inconstitucional con fundamento en un cargo y en un argumento distinto al contemplado por el propio demandante. La existencia de un control integral es precisamente lo que ha dado lugar a que en Colombia el juez pueda declarar la constitucionalidad de las disposiciones objeto de control, mientras que usualmente las sentencias de este tipo se limitan a declarar infundados los cargos formulados por los demandantes. Es decir, mientras en general los jueces y tribunales constitucionales se limitan a aceptar o rechazar los argumentos expuestos por los demandantes, pero sin tener llegar nunca a declarar la constitucionalidad de una disposición, en Colombia, en virtud del control integral, sí existe esta posibilidad, de modo que dichas sentencias en principio hacen tránsito a cosa juzgada.

Sin embargo, el fenómeno de la cosa juzgada en las sentencias de constitucionalidad ha ocasionado cierto tipo de problemas, como cuando se declara la constitucionalidad de una disposición habiéndose realizado aparentemente un control integral, y posteriormente salta a la vista que la Corte no hizo una confrontación completa con la totalidad de las normas con rango constitucional. Para flexibilizar y relativizar los efectos de la institución de la cosa juzgada en materia constitucional, la Corte ha introducido los conceptos de “cosa juzgada real y aparente”, “cosa juzgada formal y material” y “cosa juzgada absoluta y relativa”. Estas distinciones le han permitido a la Corte, entre otras cosas, realizar nuevos exámenes de constitucionalidad de disposiciones sobre las cuales ya había existido un pronunciamiento previo a través de sentencias tipo C-. El desarrollo de las categorías de “cosa juzgada aparente”, “cosa juzgada relativa” o “cosa juzgada formal” no ha sido necesario en otros países y en otras latitudes, debido a la inexistencia del control integral y de las sentencias que declaren la constitucionalidad. En Colombia, por el contrario, fue indispensable para resolver numerosos problemas prácticos, y es por ello que existe una abundante jurisprudencia sobre el tema.¹⁶¹

Otro caso significativo se refiere a lo que hoy se conoce como “estado de cosas inconstitucional”. En ocasiones la interposición de una acción de tutela devela un

161. Cfr. Autos A-311/01 (M.P. Jaime Araujo Rentería), A-156A/03 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), A-196/06 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), A-299/06 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), A-265/07 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), A-294/07 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), A-040/08 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y A-145/08 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). También se encuentran las sentencias C-403/01 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), C-310/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), C-036/03 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), C-153/02 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-157/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-458/02, C-337/07 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-695/08 (M.P. Jaime Araujo Rentería) y C-247/09 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

problema estructural que da lugar a una violación generalizada de los derechos constitucionales; así, cuando una persona privada de la libertad propone una acción de tutela para impedir que siga viviendo en condiciones de hacinamiento, la Corte Constitucional detecta que no se trata de un caso aislado, sino que ese caso particular es uno entre miles en las cárceles. En la medida en que las sentencias “clásicas” de tutela son insuficientes para resolver este tipo de problemas, la Corte introdujo el denominado “estado de cosas inconstitucional”. Su declaración permite a la Corte identificar los problemas estructurales y sus responsables, adoptar medidas complejas y hacer un seguimiento hasta que se verifique la cesación de la violación de derechos. Esta institución típicamente colombiana ha servido entonces como mecanismo para ir más allá de casos particulares y específicos que por casualidad llegan a la justicia constitucional, y en su lugar actuar directamente en estos complejos y profundos problemas de la sociedad colombiana. En este contexto, la Corte Constitucional ha declarado el estado de cosas inconstitucional en la carrera notarial,¹⁶² el desplazamiento forzado,¹⁶³ el pago de pensiones¹⁶⁴ y en los establecimientos carcelarios.¹⁶⁵ La jurisprudencia de la Corte contenida en las declaratorias formales y en los autos de seguimiento es un instrumento importante para que la justicia constitucional pase a tener una eficacia real y no meramente simbólica.¹⁶⁶

DIÁLOGO Y CONTINUIDAD RELATIVA CON EL SISTEMA Y LA TRADICIÓN JURÍDICA

Podría pensarse que la justicia constitucional en Colombia, con la Corte a la cabeza, han liderado un proceso de transformación radical que ha dado lugar a un “nuevo Derecho” en el país. Según esta versión de las cosas, fuertemente difundida en nuestro medio, Colombia habría vivido bajo la sombra del positivismo kelseniano, para luego ser “derrotado” por las nuevas corrientes del Derecho que defienden la necesidad de lograr una justicia material más allá del sistema positivo, la existencia de principios orientadores con un amplio valor normativo, la sustitución de un Estado legal de Derecho por un Estado Constitucional de Derecho, la superación del modelo subsuntivo del razonamiento judicial, la revalorización de la interpretación finalista y

162. Sentencia SU-250/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

163. Sentencia T-025/04, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

164. Sentencia SU-090/00, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

165. Sentencia T-153/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

166. Cfr. Marcelo Neves, “Estado Democrático de Derecho e Constitucionalismo na América do Sul”, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, *Direitos Humanos, Democracia e Intregação Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2009, pp. 203-224.

evolutiva en lugar de la interpretación literal, y el abandono del derecho privado como criterio estructurador del sistema jurídico en su conjunto. La Corte Constitucional vendría a ser la abanderada de este proceso en Colombia.

No obstante, un estudio riguroso de su jurisprudencia descarta esta hipótesis. Por el contrario, si bien es cierto que con muy buen sentido la Corte Constitucional ha sido receptiva a nuevas teorías del derecho que se apartan de los postulados del llamado positivismo, también es cierto que esta receptividad no se ha traducido en su abandono definitivo, sino en la incorporación de nuevas herramientas y técnicas para operar el derecho positivo. Así, no es que la Corte haya sustituido la subsunción por la ponderación, sino que en ocasiones, frente a un conflicto entre principios, se efectúa una ponderación como paso previo a la subsunción; no es que la Corte abandone definitivamente las reglas en el Derecho para decidir exclusivamente a partir de los principios, sino que las reglas son entendidas y reformuladas a partir de los principios y derechos constitucionales; no es que la Corte “derogue” por vía jurisprudencial el derecho privado, sino que hace una lectura constitucional del mismo; no es que la Corte abandone la interpretación literal y la interpretación genética, sino que ahora éstos son entendidas como parte de las herramientas del complejo proceso de interpretación. Es decir, antes que una sustitución de un paradigma por otro, en realidad ha existido un proceso de enriquecimiento.

Una de las manifestaciones de este fenómeno es que la Corte Constitucional continúa haciendo uso de los métodos tradicionales de interpretación. Este es precisamente el caso de la interpretación genética, en la que el sentido y alcance de los textos constitucionales o legales se determina a partir de voluntad del constituyente o del legislador. Esto, que es visto con sospechas y reservas para muchos partidarios de las nuevas corrientes del Derecho, lo hace con frecuencia la Corte colombiana sin ningún tipo de “tabú”.

Así, Corte Constitucional ha apelado a este recurso interpretativo para fijar tanto el sentido de disposiciones constitucionales, como de las disposiciones legales objeto de control constitucional; en ocasiones la interpretación genética ha sido utilizada como criterio único de interpretación, e incluso ha prevalecido sobre otros criterios como el literal o el finalista. La Corte ha entendido que si bien la “voluntad” del constituyente o del legislador no resuelve de manera definitiva los problemas interpretativos en el Derecho, eventualmente sí constituye una herramienta importante, así como su finalidad última, su tenor literal o el contexto normativo. De esta manera, la Corte ha apelado a este criterio para resolver problemas relacionados con la distribución de competencias en el control abstracto con el Consejo de Estado,¹⁶⁷ el con-

167. Auto 006 de 1994.

trol judicial a la aplicación del principio de oportunidad por la Fiscalía General de la Nación,¹⁶⁸ la facultad del Procurador General de la Nación para solicitar la suspensión de los procedimientos administrativos en los que existen evidencias de violación del ordenamiento jurídico o de defraudación del patrimonio público,¹⁶⁹ la procedencia de la acción de tutela contra sentencias,¹⁷⁰ la objeción de conciencia en el servicio militar,¹⁷¹ las exigencias formales y procedimentales a la aprobación parlamentaria,¹⁷² el control constitucional de las reformas constitucionales,¹⁷³ las reglas procedimentales para la reforma constitucional,¹⁷⁴ la libertad económica en la prestación del servicio de salud,¹⁷⁵ el aborto,¹⁷⁶ el plazo para presentar la demanda de inconstitucionalidad por vicios formales,¹⁷⁷ el alcance del derecho de acceso a los documentos públicos,¹⁷⁸ las funciones jurisdiccionales de las Superintendencia de Industria y Comercio,¹⁷⁹ el alcance del tipo penal de receptación de autopartes de vehículos automotores,¹⁸⁰ las excepciones previas en la liquidación de la sociedad conyugal a causa de sentencias de jueces eclesiásticos,¹⁸¹ las restricciones a la integración vertical de las Empresas Promotoras de Salud (EPS),¹⁸² el sistema de subsidios a la oferta y a la demanda en los servicios públicos domiciliarios,¹⁸³ entre muchos otros.

Otra de las manifestaciones de este fenómeno se refiere al conocimiento y uso del derecho positivo. En efecto, ciertas tendencias constitucionalistas en nuestra región tienden a abstraerse completamente de las demás áreas del Derecho, hasta el punto de que los constitucionalistas solo saben derecho constitucional y pierden todo interés y conocimiento por las complejas áreas del derecho comercial, el derecho civil, el derecho tributario, el derecho de la competencia, el derecho de las telecomunicaciones, y en general, del derecho positivo. Pues bien, en contraposición a esta ten-

168. Sentencia C-979/05, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

169. Sentencia C-977/02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

170. Sentencias C-595/95 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y T-427/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

171. Sentencias 409/92 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-511/94 (M.P. Fabio Morón Díaz).

172. Auto 118/07, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

173. Sentencia C-1040/05, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

174. Sentencia C-392/07, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

175. Sentencia C-955/07, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

176. Sentencia C-355/06, M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

177. Sentencia C-180/07, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

178. Sentencia C-872/03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

179. Sentencia C-649/01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

180. Sentencia C-205/03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

181. Sentencia C-901/03, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

182. Sentencia C-955/07 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-1041/07 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

183. Sentencia C-739/08, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

dencia, la Corte colombiana no ha pretendido sustituir el derecho ordinario por el derecho constitucional, sino únicamente imprimirle una visión constitucional; en estas circunstancias, si bien es cierto que ha existido un profundo proceso de reformulación del sistema jurídico, como ha ocurrido con el derecho de familia, el derecho tributario y el derecho penal, también es cierto que esto solo ha sido posible gracias a que la Corte domina con mucha solvencia el marco general y las minuciosidades y complejidades de cada una de estas áreas del Derecho.

De modo que aunque muchos quieran ver en la Corte Constitucional colombiana un justicia “rupturista”, que de un día para otro cambió el paradigma jurídico, están realmente equivocados. La Corte ha sido mucho más inteligente, y en lugar de “romper” con la tradición jurídica y el sistema jurídico-positivo existente, lo ha enriquecido a partir de una perspectiva constitucional. Cuando ha existido la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de preceptos legales, así se ha hecho, incluso con las críticas provenientes del propio legislador; cuando ha visto la necesidad de reinterpretar disposiciones legales, así lo ha hecho, incluso asumiendo el costo de un “choque de trenes”; cuando ha tenido que oponerse a las viejas estructuras ideológicas, políticas o económicas, así se ha hecho, asumiendo los costos de este enfrentamiento. Pero lo anterior de ningún modo niega la evidente continuidad que representa la justicia constitucional en Colombia.

CONCLUSIONES

El análisis anterior pone de presente las complejidades y dificultades de la defensa judicial de la Constitución, y en particular en el caso colombiano. Lo primero que debe destacarse es que pocas veces las cosas pueden ponerse en los dicotómicos términos de “bueno o malo”, y que por el contrario, resulta más útil y enriquecedor efectuar otro tipo de acercamiento a la justicia constitucional, en el que se intente develar y explicar su funcionamiento: sus dificultades, su evolución y las circunstancias que le dan origen. En cualquier caso, este acercamiento explicativo debería preceder a las aproximaciones de tipo valorativo.

En segundo lugar, la exploración anterior demuestra que la justicia constitucional es en sí misma problemática, discutible y compleja. En términos generales, ninguna decisión es auto-evidente, y casi siempre hay razones para defender una y otra opción, y toda tiene unos “costos”, además de ventajas. Una verdadera comprensión de la justicia constitucional debería ser capaz de visualizar sus potencialidades, pero también estos costos y estos límites. Se deben abandonar estas explicaciones simplistas y reduccionistas, incapaces de definir y comprender esta complejidad.

Por último, el análisis anterior pone en evidencia la gran cantidad de condiciones que hacen posible la defensa judicial de la Constitución: condiciones de tipo institucional que garanticen la independencia del poder judicial; trayectoria y experiencia que permita identificar las dificultades y las fortalezas existentes; versatilidad para poder adentrarse, desde una perspectiva constitucional, a las complejidades y sinuosidades del derecho ordinario; incorporación de categorías económicas y sociológicas al discurso jurídico; apertura y receptividad frente a otros sistemas constitucionales, y al mismo tiempo criterio, capacidad crítica y originalidad; rigurosidad en el manejo y uso del derecho positivo, y al mismo tiempo sensibilidad frente a la realidad. Evidentemente, la justicia constitucional colombiana tiene un largo camino por recorrer y aún hay muchas lecciones por aprender; pero sin duda alguna, el camino ya recorrido también es largo y hay muchas lecciones por enseñar.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- Bogdandy, Armin, “Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre el Derecho constitucional internacional e interno”, en Claudia Escobar, edit., *Teoría y práctica de la justicia y el control constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 409-432.
- Carrasquilla, Alberto, “Diagnóstico y perspectivas del sector salud en Colombia”, ponencia presentada dentro del foro “Estado Económico del Sector Salud”, 2009.
- Carrasquilla, Alberto, *El régimen contributivo en el sistema de salud de Colombia: situación actual, perspectivas y desafíos*. Informe preparado para ACEMI, Bogotá, 2008.
- Cepeda Espinosa, Manuel José, “La defensa judicial de la Constitución. La gran fortaleza colombiana”, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, *Direitos Humanos, Democracia e Intregração Jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2009, pp. 581-628.
- “Sentencias con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo”, ponencia presentada en las XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, 2004.
- Clavijo, Sergio, “Fallos y fallas económicas de las altas cortes. El caso de Colombia 1999-2000”, en Claudia Escobar, *Teoría y práctica de la justicia y el control constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 45-88.
- Escobar García, Claudia, “Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 217-272.
- “El rol de las reglas en la era de los principios”, en Claudia Escobar García, edit., *Teoría y práctica de la justicia y el control constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 209-256.

- “Entre identidad e intercambio. El caso del constitucionalismo ecuatoriano”, en Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer MacGregor, eds., *Hacia un Derecho constitucional común en América Latina*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2010.
- Londoño, Juan Luis, y Julio Frenk, “Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina”, en http://www.iadb.org/research/pub_desc.cfm?language=Spanish&PUB_ID=WP-353 [Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo No. 253, 1987].
- López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis / Universidad de los Andes, 2006.
- “El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina”, en Christian Curtis y Ramiro Ávila Santamaría, eds., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 380-415.
- Neves, Marcelo, “Estado democrático de Direito e Constitucionalismo na América do Sul”, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2009, pp. 203-224.
- Restrepo, Esteban, “Reforma Constitucional y Progreso Social: la ‘Constitucionalización de la Vida Cotidiana’ ”, en Roberto Saba, edit., *El Derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 73-78.
- Uprimny Yepes, Rodrigo, *El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud*, Bogotá DC, Procuraduría General de la Nación / Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo de la Generalitat de Catalunya (CCD) / Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2008.
- “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en *Revista de Derecho Público*, No. 12, Universidad de los Andes, 2001, pp. 145-195.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Sentencias

Año 1992: T-534/92 y T-409/92.

Año 1993: T-372/93, C-344/93, SU-277/93, C-133/94.

Año 1994: C-511/94, C-473/94, C-221/94.

Año 1995: C-595/95, T-363/95.

Año 1996: C-595/96, T-147/96.

Año 1997: SU-480/97, C-470/97, T-452/97, C-567/97, C-239/97, T-035/97, C-013/97.
Año 1998: T-691/98, T-652/98, SU-642/98, T-588/98, T-427/98, T-390/98, T-304/98, C-252/98, SU-250/98, T-153/98, T-119/98, C-112/98, C-004/98, T-370/98.
Año 1999: C-136/99, C-383/99, C-700/99, C-747/99, T-555/99, C-401/99, T-230/99, T-190/99, SU-047/99, T-016/99.
Año 2000: C-1264/00, T-1251/00, C-955/00, C-1433/00, C-112/00, SU-090/00.
Año 2001: T-1086/01, C-1064/01, T-935/01, C-760/01, C-740/01, C-649/01, C-647/01, T-597/01, T-571/01, C-403/01.
Año 2002: C-983/02, C-977/02, T-901/03, T-659/02, C-618/02, C-458/02, C-310/02, C-198/02, C-157/02, C-153/02.
Año 2003: T-1152/03, T-1205/03, C-901/03, C-873/03, C-872/03, C-801/03, C-776/03, C-1017/03, C-873/03, T-772/03, T-676/03, C-551/03, T-491/03, C-478/03, SU-383/03, T-237/03, C-205/03, T-133/03, C-036/03.
Año 2004: C-866/04, T-836/04, C-816/04, T-744/04, C-159/04, C-101/04, C-459/04, T-146/04, C-043/04, C-038/04, T-025/04.
Año 2005: C-1260/05, T-1245/05, C-1227/05, T-1226/05, C-1153/05, C-1057/05, C-1053/05, C-1040/05, C-983/05, C-979/05, C-975/05, T-946/05, T-624/05, C-534/05, T-510/05, T-337/05, T-086/05.
Año 2006: T-1008/06, C-858/06, C-825/06, C-728/06, C-804/06, C-820/06, T-733/06, T-597/06, C-370/06, C-355/06, T-159/06.
Año 2007: T-016/07, T-092/08, T-1078/07, C-1041/07, T-988/07, C-955/07, T-850/07, T-839/07, T-822/07, SU-813/07, T-752/07, T-699/07, T-539/07, T-523/07, T-496/07, C-392/07, C-337/07, T-201/07, C-180/07, T-085/07.
Año 2008: T-1159/08, T-1154/08, T-1135/08, T-1105/08, C-1058/08, T-946/08, T-940/08, C-939/08, T-921/08, C-864/08, C-801/08, T-760/08, C-739/08, C-695/08, T-647/08, C-545/08, T-372/08, T-391/08, T-339/08, C-257/08, T-209/08, T-139/08.
Año 2009: SU-913/09, T-768/09, T-701/09, C-588/09, T-572/09, T-464/09, T-462/09, T-439/09, T-388/09, T-264/09, C-247/09, T-212/09, T-085/09, T-055/09, T-038/09, C-032/09, T-005/09.
Año 2010: C-252/10, C-149/10, C-144/10, C-141/10, C-040/10, C-008/10.

Autos

A004, A005, A092 y A237 de 2009; A145 y A040/08; A294, A265, A118 y A081 de 2007; A/299 y A196/06; A176, A177, A178, A218 y A266 de 2005; A156A/03; A311 y A071 de 2001; A006/94.

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA

- Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-083/2000, 21 de septiembre de 2000, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. AP-/2005, 14 de junio de 2001, C.P. Alier Hernández Henríquez.
- Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-150/2001, 26 de julio de 2001, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.
- Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. AP-0353/2002, 24 de enero de 2002, C.P. Ricardo Hoyos Duque.
- Sentencia de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, exp. AP-503/2002, 18 de julio de 2002, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.
- Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. AP-2003/2004, 29 de julio de 2004, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.
- Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-1652/2005, 3 de noviembre de 2005, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-00491-2002, 10 de diciembre de 2008, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.
- Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, 14 de enero de 2007, exp. AP-015407/2007, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, exp. AP-00739, 24 de marzo de 2009, C.P. Mauricio Torres Cuervo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA

- Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Rad. 13561, 11 de mayo de 2000, M.P. Germán G. Valdés Sánchez.

TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE COLOMBIA

- Sentencia de la Sub-sección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, exp. 01-479, 25 de agosto de 2004, M.P. Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda.

OTROS TRIBUNALES

Corte Constitucional italiana: Sentencia No. 311/09.

Tribunal Constitucional Alemán: Caso *Görgülü*, BVerFGE 111, 307 (323), caso *Solange I*, BVerFGE 37, 271 (292), caso *Solange II*, BVerFGE 73, 339 (345), caso *Solange III*, BVerFGE 102, 147 (165) y caso *Maastricht*, BVerFGE 89, 155 (198).

LEGISLACIÓN

Actos Legislativos 1 y 2 de 1993, 1 y 2 de 1995, 1 de 1997, 1 y 2 de 2000, 1 de 2001, 1, 2 y 3 de 2002, 1 de 2003, 1 y 2 de 2004, 1, 2 y 3 de 2005, 1, 2, 3 y 4 de 2007, 1 y 2 de 2009.

Código Civil Colombiano.

Constitución Política de Colombia.

Decreto 2591 de 1991.

Decreto 1382 de 2000.

Decreto 4444 de 2009.

Ley 472 de 1998.

Proyectos de ley 96 de 2004-Senado, 43 de 2005-Senado, 52 de 2005-Cámara, 74 de 2006-Cámara, 23 de 2006-Senado, 87 de 2007-Cámara.

OTROS INSTRUMENTOS

Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos No. 44/08, Caso 12448, Sergio Emilio Cadena Antolinez vs. Colombia, 23 de julio de 2008.

Fecha de recepción: 6 de octubre de 2009
Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2009