BALANCE DE 25 AÑOS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

BALANCE DE 25 AÑOS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
MIGUEL POLO ROSERO
CLAUDIA ESCOBAR GARCÍA
Editores académicos

Pontificia Universidad
JAVERIANA
Bogotá

Pontificia Universidad JAVERIANA Bogotá
Vicerrectoría de Extensión y Relaciones Interinstitucionales

editorial Pontificia Universidad JAVERIANA

Reservados todos los derechos
© Pontificia Universidad Javeriana
© De la edición académica,
Luis Guillermo Guerrero Pérez,
Miguel Polo Rosero y Claudia Escobar García

Primera edición: Bogotá D. C., octubre de 2019
ISBN (impreso): 978-958-781-399-9
ISBN (digital): 978-958-781-415-6
DOI: https://doi.org//10.11144/Javeriana.9789587814156
Número de ejemplares: 200
Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Editorial Pontificia Universidad Javeriana
Carrera 7.ª n.º 37-25, oficina 1301
Edificio Lutaima
Teléfono: 3208320 ext. 4752
www.javeriana.edu.co/editorial
editorialpuj@javeriana.edu.co
Bogotá, D. C.

Corrección de estilo:
Ruth Romero Vaca

Diagramación:
Isabel Sandoval Montoya

Diseño de cubierta:
Isabel Sandoval Montoya

Impresión:
Javegraf

Pontificia Universidad Javeriana.
Vigilada Mineducación.
Reconocimiento como Universidad:
Decreto 1297 del 30 de mayo
de 1964. Reconocimiento de
personería jurídica: Resolución
73 del 12 de diciembre de 1933
del Ministerio de Gobierno.

MIEMBRO DE LA
RED DE EDITORIALES UNIVERSITARIAS DE AUSJAL
AUSJAL
www.ausjal.org

Pontificia Universidad Javeriana. Biblioteca Alfonso Borrero Cabal, S. J.
Catalogación en la publicación

Guerrero Pérez, Luis Guillermo, autor, editor académico

Balance de veinticinco años de jurisprudencia de la Corte Constitucional / Luis Guillermo Guerrero Pérez [y otros] ; editores académicos, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Miguel Polo Rosero, Claudia Escobar García. -- Primera edición. -- Bogotá : Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2019.

586 páginas; 24 cm

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN : 978-958-781-399-9

1. Colombia. Corte Constitucional - Historia, 1992-2017 2. Derecho constitucional 3. Poder judicial - Colombia 4. Colombia - Historia constitucional 5. Jurisprudencia constitucional – Colombia I. Polo Rosero, Miguel Efraín, editor académico. II. Escobar García, Claudia, editora académica. III. Pontificia Universidad Javeriana. Vicerrectoría de Extensión y Relaciones Interinstitucionales.

CDD 342.861 edición 15

inp 10/07/2019

Prohibida la reproducción total o parcial de este material, sin autorización por escrito de la Pontificia Universidad Javeriana. Las opiniones expresadas son responsabilidad exclusiva de los autores y no comprometen a la Pontificia Universidad Javeriana.

Contenido

Prólogo 13

P. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ LONDOÑO, S. J.

Palabras de bienvenida 19

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

EFICACIA E IMPACTO DE LAS DECISIONES DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Estudios de eficacia e impacto de las decisiones judiciales y el control abstracto de constitucionalidad 31

FLORENTÍN MELÉNDEZ

Eficacia e impacto de las decisiones judiciales de constitucionalidad de la Corte Constitucional 49

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Introducción al debate sobre eficacia e impacto de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional 69

DAVID FERNANDO VARELA SÁNCHEZ

Notas acerca de la eficacia e impacto de las decisiones judiciales sobre la economía 77

CARLOS GUSTAVO CANO

La eficacia y el impacto de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional de Colombia. El caso de la jurisprudencia constitucional tributaria 81

ELEONORA LOZANO RODRÍGUEZ

¿La intervención judicial de la economía es compatible con el mercado y la democracia? 91
GUILLERMO ALFONSO SÁNCHEZ LUQUE

DEMOCRACIA Y PARTICIPACIÓN

Mecanismos de democracia participativa en el Estado constitucional de derecho: una lectura crítica 127
JOSEPH GABRIEL CAMPOS TORRES

Mecanismos de participación ciudadana en la Constitución política de 1991. Comentarios sobre la consulta popular y la revocatoria directa del mandato 139
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Participación ciudadana: ¿expansión de los derechos o erosión institucional? 145
NICOLÁS URIBE RUEDA

Estudios de eficacia e impacto de las decisiones judiciales. Democracia y participación 161
JUAN CARLOS GALINDO VACHA

El papel de la Corte Constitucional en la consolidación de la democracia en la Constitución de 1991 165
JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO

El impacto de veinticinco años de jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre participación y democracia 169
DIANA RODRÍGUEZ FRANCO

SEGURIDAD SOCIAL: EL SISTEMA DE SALUD Y EL SISTEMA PENSIONAL

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos para la implementación de decisiones judiciales en derechos sociales 187
OSCAR JAVIER PARRA VERA

Evolución jurisprudencial del derecho a la salud 209
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

El impacto en el sistema de salud de las decisiones de la Corte Constitucional sobre el suministro de prestaciones por fuera del Plan de Beneficios de Salud 225

JAIME EDUARDO CARDONA RIVADENEIRA

Estudios de eficacia e impacto de las decisiones judiciales sobre la seguridad social y el sistema de salud 231

JUAN CARLOS GIRALDO VALENCIA

Las decisiones judiciales y el sistema de salud 237

ANA CECILIA SANTOS ACEVEDO

Impacto de las decisiones de la Corte Constitucional en el sistema de seguridad social en materia pensional 249

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Los retos del litigio constitucional en materia pensional 265

SANTIAGO MONTENEGRO

Impacto de las decisiones judiciales en seguridad social en el sistema pensional 273

CÉSAR ATTILIO FERRARI QUINE

FENÓMENO DISCRIMINATORIO: GÉNERO Y DISCAPACIDAD

Estudios de eficacia e impacto de las decisiones judiciales en género 279

JAQUELINE L'HOIST TAPIA

El aporte de la jurisprudencia constitucional en el avance a la igualdad 283

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

El papel de la jurisprudencia constitucional en la promoción de la temática de género en Latinoamérica. Reflexiones iniciales con énfasis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana 293

MARIE-CHRISTINE FUCHS
HUMBERTO SIERRA OLIVIERI

El género en la jurisprudencia constitucional colombiana 305
MAURICIO RUBIO PARDO

Discriminación de género y litigio constitucional 349
LINDA MARÍA CABRERA

Discriminación de género y litigio constitucional. Más allá del dualismo de género: una reflexión desde la teoría de modernidad/colonialidad 363
MARÍA CLARA JARAMILLO

Las capacidades diversas como expresión de la dignidad humana 377
ALBERTO ROJAS RÍOS

La Corte Constitucional y el abordaje de la discapacidad a partir del fenómeno discriminatorio 387
ANDREA PADILLA-MUÑOZ

La discapacidad y sus debates frente al derecho liberal 393
HERNÁN CORREA CARDOZO

Adjudicar a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Algunos retos de la jurisprudencia constitucional colombiana 399
LUCAS CORREA MONTOYA

La importancia de la interacción entre los tratados internacionales y la protección constitucional para la garantía de los derechos de las personas en condición de discapacidad 445
CATHERINNE IVONNE PEDREROS PUENTES

MEDIO AMBIENTE

Medio ambiente y desarrollo económico: valores complementarios para un país próspero 463
ASTRID PUENTES RIAÑO

La jurisprudencia constitucional sobre la tensión entre la protección del medio ambiente y el fomento del desarrollo 473
CARLOS BERNAL PULIDO

Desarrollo productivo basado en la explotación de recursos naturales: tensiones económicas y sustentabilidad en el marco de una protección constitucional 485
DANIEL L. NOGUERA SANTANDER

Litigio constitucional, protección del ambiente y desarrollo sostenible 505
CLAUDIA VICTORIA GONZÁLEZ

Protección al medio ambiente: el Sistema de Parques Nacionales Naturales 531
JULIA MIRANDA LONDOÑO

CONFERENCIAS ESPECIALES

The Necessity of Proportionality in the Application of Constitutional Rights 563
ROBERT ALEXY

The Colombian Constitutional Court and Sustained Judicial Power 575
DAVID E. LANDAU

Prólogo

La creación de la Corte Constitucional fue uno de los mayores aciertos de la Constitución política de Colombia de 1991. En 25 años de historia este alto tribunal ha cumplido un papel transcendental en la defensa de los derechos y la guarda de la integridad y supremacía de la carta fundamental, en virtud del control abstracto y concreto de constitucionalidad. En este difícil camino, se podría decir que, de una forma u otra, su trabajo ha contribuido de manera significativa a una transformación positiva del orden social colombiano, así como ha generado relevantes aportes en el escenario jurídico nacional e internacional.

De esta manera, aun cuando muchas veces las iniciativas de dicha corporación han sido duramente criticadas, resulta innegable que su jurisprudencia ha sido clave en la delimitación y aclaración del contenido de los derechos constitucionales y principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, y que tales parámetros han tenido un impacto directo en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, así como también han servido de fundamento para promover cambios —al menos graduales— en las políticas sociales, económicas y culturales del Estado colombiano.

En desarrollo de lo anterior, y sin pretender hacer un análisis sobre la conveniencia o no de las decisiones judiciales adoptadas por el máximo tribunal de lo constitucional, considero importante resaltar algunos fallos de la jurisprudencia constitucional que permiten —a lo menos— ilustrar lo planteado.

En primer lugar, en cuanto al control concreto de constitucionalidad, destacaría la declaratoria del estado de cosas inconstitucional (ECI) con

respecto a la población desplazada en el año 2004.[1] Como resultado de esto, las autoridades del Estado han liderado y adelantado notables transformaciones de las políticas públicas a favor de esta población, atendiendo a los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional. Ello se refleja en la expedición de la Ley 1448 de 2011,[2] que crea la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV),[3] y en la superación del estado de cosas inconstitucional con respecto a la cobertura del derecho a la salud de la población desplazada,[4] entre algunas otras.

En segundo lugar, en la misma línea del párrafo anterior, sobresalen los esfuerzos de Colpensiones para superar —como efectivamente lo hizo— el estado de cosas inconstitucional que se había derivado de la falta de respuesta oportuna a las peticiones relativas al reconocimiento pensional por parte de una gran cantidad de ciudadanos. Así pues, luego de que durante varios años la Corte Constitucional había requerido a dicha entidad para conminar el trámite de las solicitudes de los beneficiarios de la seguridad social, a efectos de salvaguardar, entre otros, su derecho al mínimo vital,[5] Colpensiones implementó una serie de reformas y mejoras que permitieron ajustar el cumplimiento de sus funciones públicas a los estándares constitucionales.

En tercer lugar, en lo relativo al control abstracto de constitucionalidad, traigo a colación los esfuerzos de este alto tribunal de la Jurisdicción constitucional para determinar y garantizar el derecho a la impugnación de las sentencias condenatorias, consagrado en el artículo 29 de la Constitución.[6] En esta oportunidad, dicho fallo aclaró los alcances y límites de los derechos a la segunda instancia y a la impugnación, y desencadenó una actividad en el Estado para adecuar a tales estándares dogmáticos la estructura y funcionamiento de la rama judicial.

Finalmente, también con respecto al control abstracto, puedo destacar la reciente decisión de la Sala Plena de dicha corporación en la cual se declaró la inexequibilidad de un artículo de la reforma tributaria del año 2016 en el que se imponía un IVA del 5 % a los artículos de higiene femenina. Para la Corte, tal precepto suponía una discriminación indirecta hacia las mujeres. Fallos como este pueden suponer importantes impactos sociales y económicos, puesto que tienen como principal objetivo proteger a la población femenina de escasos recursos, para quienes el valor del

---

1 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025/04 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

2 "Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones".

3 Congreso de la República de Colombia, Ley 1448/11, de 10 de junio, artículos 166 y ss.

4 Corte Constitucional de Colombia, Auto 219/11 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

5 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-774/15 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

6 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-792/14 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

impuesto, por tratarse de un bien insustituible, tenía la entidad suficiente para afectar sus condiciones de vida digna.

Dentro del panorama de los aportes que ha brindado la Corte Constitucional, cabe destacar que, entre el 27 y 30 de septiembre de 2017, se llevó a cabo el XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional en la ciudad de San Juan de Pasto, en el que, aprovechando el marco de la conmemoración de los 25 años de su instalación, se realizó un balance del impacto de las decisiones de este alto tribunal, a partir de ejes temáticos que giraron en torno a temas relevantes de la realidad nacional. Para ello, fueron convocados diferentes actores nacionales y extranjeros involucrados con los pronunciamientos de la jurisprudencia, con miras a establecer sus efectos desde diferentes escenarios (sociales, políticos, económicos, etc.).

Concretamente, para analizar la labor cumplida por la Corte en estos 25 años se definieron las siguientes materias: i) Estudios de eficacia e impacto de decisiones judiciales de la Corte Constitucional; ii) Democracia y participación; iii) Seguridad social, tema que se abordó a partir de a) el sistema de salud y b) el de pensiones; iv) Fenómeno discriminatorio, el cual se trató desde la óptica del género, la discapacidad y el medio ambiente. De igual forma, se contó con la participación de respetados y destacados juristas internacionales en materia de derecho constitucional, como Robert Alexy y David E. Landau, que se refirieron al principio de proporcionalidad en la garantía de los derechos constitucionales y al papel de la Corte Constitucional con respecto a un activismo judicial institucionalizado, respectivamente. Quisiera resaltar la pertinencia de esta iniciativa, pues abrió un espacio de diálogo institucional para analizar y evaluar los efectos positivos y negativos que, desde distintos ámbitos, han generado los pronunciamientos de dicha corporación. Iniciativa que, sin lugar a dudas, reconozco y aplaudo.

Con el fin de introducir el tipo de discusiones que recoge esta publicación, realizo a continuación un resumen sobre el contenido general de cada uno de los páneles que integraron dicho evento, y que se refleja en las ponencias aquí compiladas:

- *La eficacia y el impacto de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional de Colombia:* los tribunales constitucionales tienen la capacidad para impulsar la transformación social y política. Para ello, suelen ser dotados de potestades y funciones que permiten o facilitan su intervención en la vida económica, social y política. Partiendo de tales supuestos, se examinaron en este eje los efectos reales que tiene la jurisprudencia constitucional en los distintos escenarios de la vida diaria del país. En este contexto, se plantearon algunas líneas de discusión relacionadas con: i) los espacios de la realidad colombiana en los que se han producido transformaciones significativas —positivas o negativas—; ii)

si esta aproximación sobre la eficacia e impacto de las decisiones ha permeado la actividad jurisdiccional de la Corte, y cómo se ha abordado esta preocupación desde el alto tribunal. Agotada esta discusión general sobre la materia, se procedieron con interesantes debates sobre el impacto y la eficacia de las decisiones de la Corte Constitucional en asuntos específicos, como pasa a expresarse.

- *Democracia y participación:* la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el contenido de la democracia en Colombia, incluyendo la promoción de los mecanismos de participación ciudadana. Sin embargo, no ha tenido criterios uniformes y unívocos en esta materia. Esta disparidad centró la discusión en: i) el *modelo de democracia* empleado por la Corte, que determina el contenido de los mecanismos de participación; ii) los criterios de representatividad para validar los procesos de participación popular directa, y iii) la utilización que se ha otorgado a los instrumentos de participación expuestos por esa corporación.
- *Seguridad social - sistema de salud:* el debate constitucional que se ha generado sobre este derecho se ha centrado en su esfera prestacional, lo que hace necesario ampliar su discusión a los determinantes ambientales y sociales que lo impactan, así como a los factores de orden legal, económico y político que permiten el acceso a las tecnologías del sistema.
- *Seguridad social - sistema de pensiones:* con la creación del Sistema Integral de Pensiones a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, se pretendió superar la desarticulación que se presentaba en la materia, por la coexistencia de múltiples sistemas con lógicas diferentes. No obstante, estos regímenes anteriores no desaparecieron con la nueva normativa y estructura creada, dada la consagración de un régimen de transición para proteger expectativas legítimas. Los pronunciamientos de la Corte han estado encaminados a promover una mayor articulación, equidad e igualdad en la aplicación de las diversas reglas legales en materia pensional. Particularmente, en lo relativo a la tutela, dicha corporación se ha enfocado en la protección inmediata de los derechos de los ciudadanos. Dada la amplitud de este tema, el debate se encaminó, entre otros, a los siguientes asuntos: i) la influencia del tribunal constitucional en la materialización del principio de universalidad y el impacto fiscal en el sistema de seguridad social que de ello ha podido derivar; ii) la relación entre las decisiones de esa alta corporación y el principio de sostenibilidad financiera, haciendo referencia a las problemáticas de financiación que, sin lugar a dudas, se enfrentan actualmente; y iii) el debate en torno a la subsidiariedad

de la acción de tutela para conceder prestaciones que envuelven un contenido económico.

- *Fenómeno discriminatorio - género:* la asimetría de las mujeres en los diferentes escenarios políticos, económicos, sociales y culturales ha sido evidenciada desde hace muchos años. La Corte Constitucional ha desempeñado un papel importante en la visibilización de esta problemática y ha realizado aportes necesarios en la promoción de acciones afirmativas con respecto a la situación de desigualdad en la que se encuentran las mujeres y las personas de la comunidad LGTBI.
- *Fenómeno discriminatorio - discapacidad:* la Corte se ha orientado a la protección especial de las personas en condición de discapacidad desde diferentes escenarios. A modo de ejemplo, se destaca el enfoque diferencial dado a las controversias, a partir del cual se hace imperativo el otorgamiento de un tratamiento preferencial, así como la exclusión del ordenamiento jurídico de expresiones lingüísticas discriminatorias como *discapacitado, inválido, personas limitadas, minusvalía,* entre otras.[7] Sobre este eje, se abordaron los desafíos que tiene la Corte a la luz de las herramientas internacionales que se han referido y han delimitado los derechos de este grupo.
- *Ambiente:* en defensa de la que ha sido denominada por algunos como la Constitución ecológica, la Corte Constitucional ha ingresado progresivamente a los debates ambientales del país, tanto desde el control abstracto como desde el concreto. La discusión mantenida ha estado enfocada en el análisis de las tensiones entre la protección del ambiente y el fomento del desarrollo sostenible. De esta manera, se abordaron cuestiones como las transformaciones provocadas por la jurisprudencia constitucional a los estándares de salvaguarda de la estructura ecológica, incluyendo el impacto que ello genera en los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

El presente libro recoge las intervenciones que sobre los anteriores ejes fueron realizadas por magistrados del alto tribunal, funcionarios del Estado y expertos internacionales y nacionales en la materia. Destaco especialmente la intención de realizar una evaluación interna de las labores que ha venido cumpliendo la Corte Constitucional a lo largo de 25 años, a partir de la participación de algunos de los sectores involucrados en las principales controversias constitucionales. Sin lugar a dudas, esta iniciativa

---

[7] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-043/17 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio) y Sentencia C-458/15 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

deja algunos visos de una importante y necesaria rendición de cuentas a la ciudadanía por parte de la jurisdicción constitucional.

Para terminar, quisiera agradecer a los magistrados de la Corte por este aporte al país y a la academia, el cual probablemente servirá como línea de base para estudios posteriores sobre la labor del máximo tribunal de lo constitucional en Colombia. Particularmente, al entonces presidente de la corporación, el magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, por su confianza en la Pontificia Universidad Javeriana —Escuela de Gobierno y Ética Pública— para ser un aliado académico en este proyecto, cuyo compromiso está encaminado a contribuir en el crecimiento y mejora de la administración pública en Colombia.

P. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ LONDOÑO, S. J.
Vicerrector de Extensión y Relaciones Interinstitucionales
Pontificia Universidad Javeriana

Palabras de bienvenida

Doctor Juan Manuel Santos Calderón, presidente de la República; señor ministro de Justicia y del Derecho; señor fiscal general de la nación, Néstor Humberto Martínez; señor procurador general de la nación, doctor Fernando Carrillo Flórez; señor registrador del Estado civil, doctor Juan Carlos Galindo Vacha; señores presidentes de las altas cortes: doctor Rigoberto Echeverry Bueno, presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Jorge Octavio Ramírez, presidente del Consejo de Estado, y doctora Martha Lucía Olano de Noguera, presidente del Consejo Superior de la Judicatura; señor gobernador del departamento de Nariño, doctor Camilo Romero; señor alcalde de la ciudad de Pasto, doctor Pedro Vicente Obando; señores representantes a la Cámara, señores senadores, señores magistrados de la Corte Constitucional, señor vicepresidente, doctor Alejandro Linares Cantillo; señores magistrados de la altas cortes que nos acompañan (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura); señores jueces, señores exconstituyentes; doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero; doctor Florentín Meléndez, magistrado de la Corte Suprema de El Salvador; señores estudiantes, señoras y señores:

Bienvenidos al XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, y para quienes nos acompañan provenientes de otros lugares de Colombia, bienvenidos también a la ciudad de San Juan de Pasto y a este escenario de la Universidad Mariana, que por razones regionales y personales es muy próximo a mis afectos. Este centro educativo es obra de la comunidad de Religiosas Franciscanas de María Inmaculada, que se originó en la ciudad de Túquerres, al sur del departamento de Nariño, con la religiosa suiza y beata madre Caridad Brader. La comunidad franciscana ha estado presente en la educación de miles de niñas del departamento de Nariño y, desde 1964, con el propósito de ampliar su misión educativa, por iniciativa de un

congreso de exalumnas y con el apoyo del gobierno suizo, impulsó el que inicialmente fuese Instituto Mariano de Educación Superior, y que luego, bajo la rectoría de la madre Elizabeth Guerrero Navarrete, se convirtió en universidad.

Este encuentro de la jurisdicción constitucional se desenvuelve en el marco de los veinticinco años de la instalación de la Corte Constitucional, y, en ese contexto, nos pareció oportuno provocar una reflexión crítica sobre la labor desarrollada por la Corte en ese periodo. Tiene lugar este encuentro también en momentos cruciales de la historia del país, y podría parecer extraño que, estando los asuntos constitucionales en el centro de las dinámicas generadas por el acuerdo de paz, no sea ese uno de los ejes centrales de este evento. Ello, sin embargo, tiene explicación en la naturaleza de la función que le corresponde ejercer a la Corte Constitucional y las competencias que le han sido atribuidas, comoquiera que justo en este momento la Corte, en el escenario de su labor jurisdiccional, se ocupa precisamente de la revisión automática de todos los desarrollos normativos del acuerdo de paz, lo que excluye la posibilidad de un pronunciamiento o un ejercicio reflexivo sobre esos temas que tenga lugar en un escenario distinto.

Con todo, parece claro que este encuentro no puede ser ajeno a esa realidad, y desde ese punto de vista no deja de ser significativo que se haya escogido a la ciudad de Pasto y al departamento de Nariño como sede del XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Y tiene particular significación porque, por las razones que trataré de exponer muy brevemente, el departamento de Nariño plantea un claro desafío al propósito de construir una paz estable y duradera, que es la aspiración colectiva que sigue a la terminación del conflicto armado con las FARC.

El hoy departamento de Nariño, después de los azarosos tiempos de la independencia —cuando los pastusos se convirtieron en un sólido bastión realista y en un formidable obstáculo para los ejércitos que luchaban por la independencia, en contraste con lo que había ocurrido más al sur, en la exprovincia de Obando, en donde se habían gestado movimientos comuneros que propugnaban por la autonomía—, después de esos sucesos históricos, digo, que por circunstancias suficientemente conocidas, tienen visos trágicos para la gente de estas tierras del sur, Nariño se convirtió en un remanso de paz, de gente buena y trabajadora, pero marcado como territorio por la marginalidad y el atraso, realidad que en buena medida, obedecía al bloqueo que la imponente geografía había impuesto sobre sus habitantes. Ignacio Rodríguez Guerrero, en sus *Estudios geográficos sobre el departamento de Nariño*, publicados en 1939, nos dice que

> los primeros caminos que cruzaron el actual territorio nariñense, fueron construidos por los incas peruanos, en su expansión imperialista, desde

> Quito hasta las lindes del Mayo y de San Agustín. A través de ellos se realizó, en buena parte, la conquista española, y hasta los albores del siglo fueron esos caminos el único medio de comunicación de las comarcas surcolombianas con el Norte del país y con el Ecuador.[1]

Desde entonces el empeño ha sido siempre por la integración. La hasta hoy inconclusa carretera Panamericana al norte, que se dio al servicio apenas hacia 1976 para remplazar la vieja carretera que transitaba por La Unión; el esfuerzo ingente sostenido durante décadas por obtener la vía al Pacífico, que conectara la sierra, a través de la sabana de Túquerres, con Tumaco y con Barbacoas; el bloqueo, que todavía se mantiene, con el Putumayo, lo que hoy por hoy significa el marginamiento del departamento de Nariño de un corredor vial de tanta importancia como el constituido por la vía Pitalito-Mocoa, esas barreras perpetúan la pobreza, acentúan la marginalidad, cercenan las oportunidades, aíslan a las colectividades. Y en todo ese proceso, es ilustrativo lo que ocurrió con la vía al mar: después de muchos años de una carretera de muy precarias condiciones, se logró modernizar la vía entre Túquerres y Tumaco, en un trazado que incluye importantes obras de ingeniería y que significó la habilitación de una carretera de muy buenas especificaciones. Ello permitía que la gente de Pasto viajara fácilmente hasta Tumaco y que los productos del litoral llegaran con la misma facilidad a la sierra. Se abrieron nuevas oportunidades de inversión, de trabajo, de intercambio. Pero, entonces, se instalaron justo allí los grupos armados al margen de la ley, lo que hizo que en lugar del progreso que prometía la integración, fruto de la laboriosidad y de la industria de nuestra gente, de los capitales atraídos por las nuevas posibilidades, se enseñorearan la violencia, las economías ilegales y el desplazamiento.

Es claro que la construcción de paz exige la presencia del Estado en los territorios, el desplazamiento de los violentos, la afirmación del derecho y del orden, la garantía de las libertades. Y ese es el desafío que plantea hoy el departamento de Nariño, desafío formidable a la voluntad y al anhelo de paz de los colombianos. La necesidad de construir la paz en los territorios implica la necesidad de traer sosiego a una tierra martirizada como la costa pacífica colombiana, y, entre nosotros, a Tumaco, El Charco, Barbacoas y otras poblaciones del litoral. Se requiere la integración de las comunidades, la reactivación de proyectos productivos, la reconstrucción del tejido social. Y allí reside, señor presidente, un desafío de enormes proporciones por la dimensión que tiene, que ha tenido la violencia y la marginalidad, por las complejidades del fenómeno, por los esfuerzos de reconstrucción que se requieren y que tienen carácter inaplazable.

---

[1] Ignacio Rodríguez Guerrero, *Estudios geográficos sobre el departamento de Nariño* (Imprenta Nacional de Pasto, 1959), 263.

Ese es, señoras y señores, el contexto en el que se desenvuelve este evento. Y en ese propósito hacia la paz, a la Corte Constitucional le corresponde la tarea de velar por la integridad de los compromisos que constituyen nuestra carta fundamental. Y aquí nos enfrentamos a otro desafío, de diferente naturaleza, pero no de menor complejidad: se trata de lograr que la construcción de la paz convoque a todos los colombianos, que se preserven los consensos fundamentales y que se logren otros nuevos allí donde ello sea necesario. Se ha cumplido en Colombia un proceso de paz dentro de un orden constitucional, estamos ante una paz bajo el orden constitucional, ello implica tanto la reincorporación de los violentos como la admisión de que se requieren transformaciones estructurales en los ámbitos de participación, de desarrollo agrario, de atención a las víctimas. Y en ese empeño, a la Corte le corresponde preservar el consenso contenido en la Constitución. Esa es la misión que nos ha sido confiada, el compromiso que asumimos al jurar fidelidad a la Constitución, el que nos impone la naturaleza de nuestras competencias.

Está en el escenario de la política la construcción de los nuevos consensos que requieren el afianzamiento de la paz, esfuerzo que requiere una convocatoria amplia, para convertir en imperativos jurídicos, vinculantes para todos, los compromisos políticos que se consideraron presupuesto del acuerdo. El imperativo que impone la consecución y el afianzamiento de la paz no puede dejar de lado ese ejercicio deliberativo. Una paz bajo la Constitución exige que las soluciones se tramiten al amparo de las previsiones constitucionales. De este modo, ese propósito implica ampliar ahora los espacios de participación, de deliberación, impone acoger a quienes deponen las armas, pero exige también mantener la apertura del debate, obtener el asentimiento democrático, convencer los espíritus, integrar los procesos al subconsciente colectivo, de manera que se consiga una adhesión como aquella que fuimos capaces de construir en 1991. La paz estable y duradera requiere ese compromiso colectivo con la carta fundamental, portadora de los consensos que conforman el presupuesto de la convivencia pacífica. En ausencia de esas coincidencias sobre lo fundamental, los procesos son frágiles, producen marginamiento, extrañamiento de colectivos y personas, fractura social. Esa es la tarea que debe asumir la Corte: leer el acuerdo de paz y sus desarrollos normativos a la luz de la Constitución. Y en esa tarea tiene que hablarles a todos los colombianos, única manera de superar la polarización que se exteriorizó en el plebiscito del 2 de octubre del año pasado, y que aún perdura. Ese es también un ejercicio de construcción de paz que nos concierne a todos, y que, en cuanto a la Corte atañe, conduce a la afirmación del valor superior de la Constitución, del pacto de convivencia, cuya efectiva realización es el presupuesto ineludible de la paz.

En este encuentro se pretende un diálogo abierto sobre el papel de la Corte y el impacto de sus decisiones. Es claro que la actividad de la Corte impacta a las personas, en particular a quienes a través de la acción de tutela obtienen la protección de sus derechos fundamentales; pero también a los destinatarios de las órdenes de protección, que pueden tener implicaciones muy gravosas. En otras ocasiones y en otros escenarios, se imponen amplios colectivos. Es el caso de las decisiones sobre consulta previa o las relativas a la protección del ambiente o aquellas en las que, a manera de precedente, se establecen definiciones de amplio espectro en ámbitos como la salud o las pensiones. Y hay, finalmente, decisiones de impacto nacional, por su magnitud o por su naturaleza, por sus profundas implicaciones en la vida colectiva. La enorme significación de todos esos impactos implica la conveniencia de valorar el sentido de lo ocurrido en estos veinticinco años, establecer lo que se ha hecho bien, lo que aún puede hacerse, lo que cabe repensar, lo que quizás sea posible o preciso reorientar.

Se han previsto unos ejes temáticos que giran en torno al control abstracto, con efecto inmediato y definitorio, no exento de controversias en asuntos como sustitución de la Constitución o sentencias moduladas; la participación política, el fenómeno discriminatorio, el medio ambiente son todos temas en los cuales la Corte ha producido decisiones que repercuten sobre las personas, y por eso hemos invitado expertos para hacer una valoración del impacto, para tener una mirada desde afuera, para hacer un ejercicio conjunto de reflexión y autocrítica, en la perspectiva de afianzar el control y de cumplir cada vez de mejor manera la tarea de garantizar los derechos y de preservar la integridad y la supremacía de la Constitución.

No puedo concluir sin hacer unas reflexiones sobre los dolorosos momentos que se viven en la administración de justicia por cuenta de fenómenos de corrupción que podría haber permeado al más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria, nuestra Corte Suprema de Justicia. Se trata de una realidad que lacera el alma individual y colectiva, que nos interroga, nos debe interrogar, como sociedad, porque ¿qué sociedad es esa en la que los corruptos se atreven a acercarse a las cortes y en la que, deplorablemente, algunos de sus integrantes pueden haber caído en la espiral de la quiebra de los valores?

Lo que ha ocurrido corroe el sentimiento constitucional, da lugar a una crisis de credibilidad y socava la confianza pública. Una confianza que había sido construida desde el diseño mismo de nuestras instituciones, que se detiene en asuntos como la composición y el origen de nuestros más altos tribunales de justicia para asegurar el mérito y la probidad como condiciones de acceso a la función, la previsión de garantías de independencia para asegurar que los jueces actúen, puedan actuar, únicamente sobre los

presupuestos de la justicia y el derecho, todo encaminado a generar respeto y acatamiento. Y a partir de ese diseño institucional, esa confianza pública fue labrada durante años por mujeres y hombres íntegros, comprometidos, dedicados al servicio, gestores de grandes páginas de jurisprudencia, de decisiones que imparten justicia, que han garantizado los derechos y defendido la Constitución contra los abusos y las desviaciones del poder. Y en los aciagos días que corren, en un momento, todo ese esfuerzo de creación colectiva se desmorona, para abrir camino a la desconfianza, al señalamiento, a la sospecha. Se da paso, entonces, a explicables generalizaciones, a una justa indignación colectiva, todo lo cual se traduce, sin embargo, en una indeseable ruptura institucional, en un quiebre de la confianza pública en todo el entramado institucional, en un afán reformista, que con frecuencia distrae del verdadero objetivo de depuración, de sanción de las desviaciones, de restauración moral.

Es precisa una acción rápida y categórica, por virtud de la cual se impongan drásticas sanciones cuando correspondan y se emita un claro mensaje de que, como sociedad, como Estado, somos capaces de responder al desafío de los tiempos. Deben operar las instituciones y debe existir un respaldo colectivo a las acciones que se han emprendido ya y que deben producir resultados en breve tiempo. Es lo que exige la magnitud de los acontecimientos. El cuestionamiento que esa realidad nos plantea exige también una labor de reflexión para identificar las razones más profundas de la crisis, de manera que podamos construir adecuadamente las respuestas. En ocasiones, ello exige cumplir la ley, brindar el respaldo y el suficiente apoyo a las instancias existentes; pero posiblemente se requieran medidas adicionales, no como reacción aislada a la coyuntura, sino como producto de un juicio sereno sobre asuntos que son graves, tanto por la gravedad de los hechos, que alarman con razón a la sociedad, como por la gravedad que implica emprender reformas institucionales en el orden constitucional. No hay allí, no puede haber allí, espacio para la improvisación, para el repentismo, para las soluciones inspiradas. Alguien decía que los diseños constitucionales son como delicados mecanismos de relojería: que suprimir o cambiar un engranaje impacta todo el aparato.

En Colombia hemos perdido el sentido de la gravedad que tienen las reformas constitucionales, y aludo a *gravedad* en su acepción de 'seriedad'. Las constituciones son decisiones colectivas en torno a asuntos que se quieren dotar de estabilidad, definen las reglas básicas de la convivencia y son el presupuesto del armónico discurrir de las sociedades. Por lo que pareciera ser un elemento de nuestra identidad nacional, en las crisis se acude a las reformas, a los cambios institucionales. De ello dan cuenta las más de cuarenta reformas que se han hecho a la, todavía joven, Constitución de 1991. Se requiere, sí, un fortalecimiento de la justicia. Es necesario

repensar ciertas instituciones, producir ajustes y, desde luego, reformas cuando se identifique que eso es lo que requiere la situación. Son precisos ejercicios de depuración; se impone extremar el rigor en las instancias de acceso a la función. En ese escenario, bienvenido lo que haya de venir, y todos debemos contribuir para que en ello se logre el objetivo. Porque quizá más grave que no hacer nada en este campo sería hacer las cosas de manera equivocada. Con frecuencia, más importante que determinar qué es lo que vamos a cambiar es establecer en qué sentido lo vamos a hacer, es la única manera de asegurar que lo que hagamos aporte soluciones y no meras ilusiones.

En ese contexto quiero destacar que, en el marco de este encuentro —y aprovechando la presencia en la ciudad de Pasto del jefe del Estado—, la cúpula de la rama judicial, la Fiscalía y la Procuraduría han convenido en hacer pública su decisión de confluir y convocar a un gran acuerdo nacional en torno a la administración de justicia. Dicho acuerdo tiene los siguientes elementos:

1. La manifestación de la consternación y la profunda indignación que como ciudadanos y como servidores públicos sentimos ante los hechos que han provocado el estupor nacional.

2. El respaldo irrestricto a las actuaciones que han venido adelantando las instancias competentes para permitir que con la mayor celeridad se establezca la verdad de lo ocurrido y se impongan las más drásticas sanciones, cuando ello corresponda, de manera tal que, ojalá antes de finalizar este año, y en todo caso en breve tiempo, el país obtenga respuestas.

3. El impulso de manera conjunta, con la participación del Ministerio de Justicia, de una reforma estructural a la administración de justicia, que gire en torno a los siguientes asuntos:

    a. Revisión de las facultades electorales de las altas cortes.

    b. Revisión del sistema de investigación y juzgamiento de los aforados constitucionales, con el objeto de impulsar un modelo que, al tiempo que permita preservar la independencia de los más altos órganos de la administración de justicia y el Ministerio Público, garantice la celeridad y la eficacia de las investigaciones cuando a ellas haya lugar.

    c. Revisión del sistema de disciplina de jueces y abogados.

    d. Revisión de los requisitos y procedimientos de elección de los magistrados de las altas cortes.

e. Revisión del sistema de gobierno y de administración de la rama judicial.

f. Reforma a los estudios de derecho y requisitos más exigentes para el ejercicio de la profesión de abogado.

4. La invitación a la academia, a los funcionarios y empleados judiciales, a la ciudadanía y a las ONG del sector, para propiciar el más amplio debate y construir la más sólida propuesta.

5. Para lo anterior, la participación de los presidentes de las cortes, incluido el de la Corte Constitucional, a título individual, como magistrados, en el proceso de preparación e impulso de la aludida reforma, con el objeto de que ella se ajuste a una perspectiva constitucional, a la luz de los recientes fallos de control abstracto de constitucionalidad sobre la materia, así como para asegurar que esta recoja la experiencia de las cortes y de los órganos de control y su percepción sobre los problemas de la administración de justicia.

6. El avance, de manera simultánea, en la implementación de acciones que no requieran trámite normativo, orientadas a fortalecer la administración de justicia, a mejorar el rendimiento y la transparencia de la gestión judicial; entre ellas, la autorregulación y la rendición de cuentas en la gestión individual e institucional de los jueces.

Para terminar, quiero señalar que en el trasfondo de todo esto está la sagrada función del juez, que exige casi que ascetismo. Y quizá eso sea lo primero que hay que rescatar. La comprensión de que la función judicial, como en general debe ser el servicio público, pero en particular el judicial, es una oportunidad de servicio, un compromiso con ideales superiores, que nos conduzcan a la demostración, en la actuación cotidiana, de que podemos ser depositarios de la confianza que nos otorga el ordenamiento jurídico, y que, a través de él, nos han brindado nuestros conciudadanos.

No puedo dejar de anotar que, ante esa realidad que nos interroga, a veces, en un ejercicio de introspección, cierro los ojos y pienso en la Corte Constitucional, esa que este año cumplió veinticinco años, la que hoy realiza este encuentro. Advierto entonces que de esa Corte, además de los magistrados que la integran, hace parte un equipo amplio de personas, en su mayoría jóvenes —y diría que todos jóvenes de espíritu—, y veo entonces escenas de trabajo frenético para terminar una ponencia, acalorados debates en torno a las tutelas que habrán de seleccionarse para revisión, profundos ejercicios argumentativos orientados a encontrar la solución que mejor se acomode a los casos sometidos a consideración. Y percibo en esos jóvenes —muchos de cuyos rostros veo hoy aquí en este

escenario— la ilusión, el entusiasmo, el compromiso que surge de pertenecer a la jurisdicción constitucional. Ante esa imagen, no pienso en reformas sino en reconocimiento, y es que, a veces, cuando las circunstancias nos confrontan con lo peor de las pasiones humanas, puede resultar reconfortante pensar también en lo mejor que reside en la mayoría, y que es lo que ha contribuido a hacer de esta Corte lo que es y lo que significa hoy en Colombia y en el mundo.

Bienvenidos, pues, a estas jornadas de reflexión, que se desenvuelven en un contexto singular de grandes transformaciones, grandes esperanzas, grandes conflictos y grandes desafíos. Que las dificultades de los tiempos sean un acicate para los hombres y mujeres de bien y para los jueces cuyo único compromiso es la justicia. A esos hombres y mujeres, a esos jueces íntegros se dirige la invitación al debate que se ha propuesto para este XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional y las reflexiones que aspiramos susciten estas jornadas.

Muchas gracias.

Luis Guillermo Guerrero Pérez
Presidente de la Corte Constitucional
28 de septiembre de 2017

EFICACIA E IMPACTO DE LAS DECISIONES DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Estudios de eficacia e impacto de las decisiones judiciales y el control abstracto de constitucionalidad

FLORENTÍN MELÉNDEZ*

Buenos días.

Es un honor para mí participar en este evento académico de alto nivel organizado para conmemorar el vigésimo quinto aniversario de la prestigiosa jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, representando a la Sala Constitucional de El Salvador. Saludo de manera respetuosa a las autoridades del Gobierno y del Congreso Nacional, a las autoridades del departamento de Nariño, a los funcionarios judiciales, letrados de la Corte Constitucional, a los abogados, abogadas e invitados especiales y a los estudiantes de la Universidad Mariana. Quiero también agradecer a mi buen amigo Luis Guillermo Guerrero, presidente de la Corte Constitucional, por invitarme a participar como primer conferencista de este evento académico. También quiero agradecer a la doctora Marie-Christine Fuchs, representante de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung de Alemania y

* Magistrado de la Sala de lo Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador (2009-2018). Expresidente de la Sala de lo Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia (2013-2014). Expresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Relator de derechos humanos de la CIDH para Argentina, Uruguay, Bolivia, República Dominicana, Cuba y México. Relator de la CIDH para las personas privadas de libertad en las Américas. Exdirector de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en El Salvador. Exoficial jurídico de la División de Derechos Humanos, Misión de Observadores de Naciones Unidas para El Salvador (Onusal). Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, máster en Derechos Humanos y doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (España).

directora del Programa Estado de Derecho para América Latina, porque ha auspiciado este evento y mi presencia en él.

A continuación voy a desarrollar el tema "La eficacia e impacto de las decisiones de los tribunales constitucionales, en particular de la Corte Constitucional de Colombia", el cual abordaré en cinco puntos. En el primero voy a referirme al mandato de los tribunales constitucionales en general, haciendo mención de la forma en que ha ido variando evolutivamente el mandato de estos, no por disposición del legislador, sino teniendo como fuente la misma jurisprudencia de los tribunales. En un segundo momento voy hablar de los temas, áreas o materias estructurales en las que la jurisprudencia constitucional comparada ha incidido y tenido impacto y eficacia en nuestros países. En tercer lugar voy a citar algunos casos de la jurisprudencia constitucional comparada. En cuarto lugar me referiré brevemente a las críticas que usualmente reciben los tribunales constitucionales por emitir sentencias incómodas al poder, a los problemas que enfrentan los tribunales constitucionales por sus sentencias y a los retos que se presentan hoy en día a los tribunales constitucionales. En quinto lugar, haré algunas conclusiones puntuales.

En primer lugar, partiendo de la configuración kelseliana de los tribunales constitucionales en los años veinte del siglo pasado, el mandato tradicional de los tribunales constitucionales prácticamente era el de ejercer control concentrado o abstracto de la constitucionalidad de las leyes y de los actos normativos; es decir, el de jugar el rol del legislador negativo, de declarar la inconstitucional de una norma y expulsarla del ordenamiento jurídico, pero también de ejercer la defensa de los derechos fundamentales y de las libertades democráticas constitucionales.

El mandato, pues, originariamente era el de ejercer el control constitucional de las leyes, y con ello darle vida a las disposiciones constitucionales que limitan al poder político del Estado. En definitiva, el mandato tradicional se centra en la defensa objetiva de la Constitución y en la prevalencia o supremacía de esta en el ordenamiento jurídico.

A medida que ha evolucionado la jurisprudencia constitucional ha ido cambiando el mandato y el rol de los tribunales constitucionales en las sociedades democráticas, el cual ya no solo está limitado a ejercer el control abstracto de la constitucionalidad de las leyes, sino también a desempeñar un rol más activo a fin de dar respuesta a las exigencias del Estado democrático de derecho, y así darle vida a los derechos fundamentales positivados en la Constitución.

En ese sentido, ha ido cambiando históricamente el mandato de los tribunales constitucionales, de tal manera que ahora ya se ejerce por varios tribunales de la región el control de constitucionalidad de las omisiones del legislador, ante la desobediencia al mandato del constituyente

de legislar para desarrollar derechos fundamentales, cuyo ejercicio está sujeto a un desarrollo legislativo ulterior.

También se observa en la jurisprudencia comparada que se ejerce control de actos no normativos de transcendencia constitucional, tales como los actos públicos subjetivos de la administración del Estado, lo cual denota una visión más avanzada del rol de los tribunales constitucionales en una sociedad democrática. Esto, por ejemplo, en cuanto se refiere a los actos de nombramiento de funcionarios públicos en elecciones de segundo grado que realiza el Parlamento.

Asimismo, los tribunales constitucionales están ejerciendo hoy en día control constitucional de las políticas públicas y de la actividad económica y financiera del Estado, dictando sentencias estructurales con efectos que involucran a distintas instituciones del Estado, a fin de proteger varios derechos colectivos e individuales.

Por otro lado, por medio de la jurisprudencia, los tribunales constitucionales han ampliado la legitimación procesal activa y pasiva en los procesos constitucionales. Ahora hablamos de amparo entre particulares, aun cuando no está regulado expresamente en el ordenamiento jurídico. También se habla de la legitimación popular para activar el control abstracto de constitucionalidad. Hay países en los que se requiere de un considerable número de firmas de ciudadanos para activar dicho control; existen otros en los que se exige un porcentaje mínimo de electores de la elección presidencial inmediata anterior para que puedan presentar demandas de inconstitucionalidad de leyes; y existen otros países, como El Salvador, en los que un solo ciudadano está habilitado por la Constitución para activar el control abstracto de constitucionalidad.

Contamos ahora con tribunales constitucionales mucho más eficaces, que emiten decisiones de impacto, con incidencia en cuestiones vitales y estructurales de la vida nacional, ya sea en la economía, en la democracia, en el Estado de derecho, en los derechos fundamentales, en las libertades democráticas, en los sistemas políticos, entre otros temas relevantes.

Quiero mencionar, en un segundo momento, cuáles son las áreas, los temas y las materias en donde se observa el impacto, la incidencia y la eficacia de los tribunales constitucionales cuando ejercen el control abstracto de constitucionalidad. Primero, en la depuración del ordenamiento jurídico existe un impacto, ya que se expulsan las normas consideradas inconstitucionales, pero el tribunal ya no solo cumple el rol de simple legislador negativo, emitiendo únicamente la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas, sino que, cuando procede y es necesario para no generar problemas de inseguridad jurídica, decreta efectos diferidos, establece plazos para legislar y dicta parámetros para cumplir las sentencias, lo cual definitivamente genera tensiones con el poder político parlamentario, y

el primer señalamiento de que es objeto el tribunal es el de invadir indebidamente áreas que no le son propias, según el reparto de competencias que el constituyente ha realizado en los diferentes órganos del Estado. Este es el papel que desempeñan algunos tribunales constitucionales hoy en día respecto a la depuración del ordenamiento jurídico, a fin de garantizar la conformidad o compatibilidad de la legislación secundaria con la ley fundamental.

Un segundo ejemplo que se puede mencionar es el control constitucional de las omisiones del legislador en los casos en los que el constituyente ha establecido una cláusula de reserva de ley y ha determinado que el ejercicio de ciertos derechos está sujeto a desarrollo legislativo, es decir que se reconoce el derecho en la Constitución, pero este se va a ejercer bajo los parámetros y las condiciones que establezca posteriormente el legislador. Sin embargo, no siempre el legislador responde a este mandato constitucional de legislar, ante lo cual los ciudadanos, de manera creativa, presentan demandas técnicamente bien elaboradas para cuestionar como inconstitucionales las omisiones del legislador. Tribunales como el salvadoreño y el colombiano han decretado inconstitucionalidades por omisión, casos en los cuales se ha determinado como efecto de las sentencias la obligación de legislar, estableciéndose plazos para su cumplimiento.

En el caso salvadoreño, por ejemplo, la Constitución de 1983 estableció el derecho a indemnización por daños morales, según lo determine la ley, pero nunca se legisló al respecto. También se reconoció el derecho a indemnización justa por retiro voluntario de los trabajadores, según lo disponga la ley, pero tampoco se legisló. En estos casos, por demandas ciudadanas, se declararon inconstitucionales las omisiones del legislador, y como consecuencia la Sala de lo Constitucional emitió la orden de legislar dentro de un plazo determinado. Finalmente, aunque de forma tardía, las sentencias fueron cumplidas de acuerdo al mandato del constituyente, lo que posibilitó de esta forma el ejercicio de derechos constitucionales que estaban sujetos a desarrollo legislativo y permitió que los derechos en cuestión fueran accesibles y ejercitables por sus titulares.

Un tercer caso en el que se puede notar el impacto e incidencia de la justicia constitucional es el que se refiere al control de actos públicos subjetivos de la administración del Estado, es decir, de los actos no normativos pero que se formalizan por decreto legislativo, por ejemplo, el nombramiento de funcionarios de alto nivel en elecciones de segundo grado, tales como el nombramiento del fiscal general, del presidente y magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del procurador general, de los magistrados del Tribunal Supremo Electoral, entre otros. Estos funcionarios tienen legitimación popular indirecta, a diferencia de los que están

sujetos al escrutinio público por medio del voto. En estos casos existen tribunales como el de El Salvador que han ejercido control constitucional abstracto de dichos nombramientos, verificando si el Legislativo ha comprobado y documentado el cumplimiento de los requisitos constitucionales que se exigen para nombrar a dichos funcionarios, declarando inconstitucionales varios nombramientos por violación e inobservancia a las disposiciones constitucionales.

En este sentido cabe destacar la importancia del principio de independencia judicial para el Estado de derecho, cuya defensa ha sido ejercida por los tribunales constitucionales en el caso de nombramiento de ciudadanos afiliados a partidos políticos en altos cargos judiciales. La Sala de lo Constitucional de El Salvador ha emitido sentencias que buscan salvaguardar dicho principio en los procesos de nombramiento de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Supremo Electoral y de la Corte de Cuentas en los que se ha hecho caso omiso del citado principio. La Sala ha declarado inconstitucionales varios nombramientos de funcionarios públicos que ejercen funciones jurisdiccionales por estar vinculados a partidos políticos, ordenando que se repitan los procesos de nombramiento a fin de respetar el principio de independencia judicial, ya que se ha sostenido que existe incompatibilidad entre las funciones jurisdiccionales con las funciones político-partidarias. Esta incompatibilidad no solo está desarrollada en las leyes que regulan la carrera judicial, sino también en el Código Iberoamericano de Ética Judicial, y se colige también del principio de independencia judicial reconocido en la Constitución y en los principales tratados de derechos humanos del sistema universal e interamericano.

Otro ejemplo que se puede mencionar sobre la incidencia e impacto de la actividad de los tribunales constitucionales es la protección de los derechos fundamentales y de las libertades democráticas, es decir, de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales. Se pueden citar, al menos, dos ejemplos de impacto e incidencia en las instituciones democráticas y en el Estado de derecho. Por ejemplo, cuando los tribunales constitucionales examinan el alcance de las libertades democráticas en nuestros países y el papel que estas desempeñan para garantizar la vida libre de los ciudadanos, potenciando la libertad de expresión y extrayendo de ella el derecho de acceso a información de interés público, particularmente en los países en los que no está reconocido expresamente el derecho a la información de la ciudadanía. Este es un tema estructural que representa un gran reto para nuestros países, para la democratización, para el progreso y desarrollo de nuestros pueblos, para la transparencia y el combate a la corrupción, no solo dentro del

Estado, sino también para las instituciones estratégicas de participación y decisión política, como los partidos políticos. El derecho de acceso a la información ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional en el sentido de otorgarle herramientas a los entes investigadores de la corrupción dentro de los partidos y no solo en la investigación de las violaciones de derechos humanos y de los delitos comunes.

En materia de derechos y garantías fundamentales también se puede mencionar como ejemplo el fortalecimiento del debido proceso, que es consustancial al Estado de derecho. La jurisprudencia constitucional comparada en América Latina ha fortalecido los principios fundamentales del debido proceso y, sobre todo, los derechos de las víctimas y su carácter de sujetos del debido proceso, tema que ha tenido un tratamiento marginal en el derecho constitucional de la región. Basta revisar las constituciones latinoamericanas para notar que las víctimas no han sido consideradas expresamente como sujetos del debido proceso, y que sus derechos y garantías fundamentales carecen de rango constitucional. Las víctimas han quedado relegadas a la legislación secundaria, con los riesgos que ello representa, como las reformas frecuentes de que pueden ser objeto, a diferencia de la permanencia y estabilidad de las normas constitucionales.

También en materia de derechos fundamentales, y tomando en cuenta la creatividad y la visión extensiva de las normas y de los principios constitucionales, existen tribunales constitucionales que por medio de su jurisprudencia han dado lugar a reconocer los derechos implícitos, es decir, las cláusulas no enunciadas que están reconocidas como principios interpretativos en el derecho internacional, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Un ejemplo que podría mencionarse es el del derecho de acceso a la información, que está implícito en la libertad de expresión. Otros derechos implícitos son el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho al agua y el fundamental derecho a la verdad, que es el que tienen las víctimas, sus familias y la sociedad en general de conocer las circunstancias en que han sucedido los hechos violatorios de derechos humanos, y, dependiendo de la gravedad y transcendencia de las violaciones, este es también un derecho de la humanidad, tal como sucede con los crímenes de lesa humanidad, en los que se afectan derechos inderogables o normas del *ius cogens* internacional o derecho imperativo internacional. Estos temas han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero también por la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de la región. En El Salvador, por ejemplo, en procesos de amparos, se han conocido casos de masacres o ejecuciones extrajudiciales sucedidas en el conflicto armado; también en procesos de inconstitucionalidad, como cuando se declaró inconstitucional la Ley de

Amnistía de todos los hechos atribuidos a ambas partes que sucedieron durante la guerra de los años ochenta.[1]

Otro escenario en el que se puede evidenciar el impacto e incidencia de la jurisprudencia constitucional es el referido al fortalecimiento de los derechos de participación política y de los procesos de toma de decisiones fundamentales de los ciudadanos, pero también al fortalecimiento de los sistemas electorales, del sistema de partidos políticos y de la independencia de los tribunales electorales. En El Salvador se han pronunciado varias sentencias en materia electoral y de derechos políticos, sin desconocer la calidad de máxima autoridad electoral del Tribunal Supremo Electoral del país. Por medio de la jurisprudencia constitucional se han habilitado las listas abiertas y desbloqueadas en las elecciones parlamentarias; esto quiere decir que ya no existe el orden de prelación que establecían las cúpulas partidarias en las listas de candidatos al parlamento y, ahora, a raíz de una sentencia en un proceso de inconstitucionalidad, el orden de prelación lo determinan los ciudadanos, a través del voto mayoritario por rostro, de tal forma que resultan electos como diputados los candidatos que obtengan mayor aceptación del cuerpo electoral. Posteriormente, y siempre ejerciendo el control abstracto de constitucionalidad, se ha habilitado el denominado voto cruzado, entendiéndose por este el que permite a los ciudadanos marcar los rostros de los candidatos al Parlamento, de diferentes partidos políticos, garantizándose con ello la plena capacidad de opción del cuerpo electoral. Según la jurisprudencia constitucional salvadoreña, el sistema político electoral se tiene que abrir con todas las opciones posibles, para que, según la convicción ideológica y política de cada quien, el votante pueda tener la alternativa de votar por quien satisfaga sus expectativas políticas e ideológicas, ya sea votando por un partido, por uno o varios candidatos de un partido o por varios candidatos de diferentes partidos políticos. Por supuesto que para implementar este sistema de votación libre y el complejo conteo de votos se debe disponer de una amplia información ciudadana y de apoyo tecnológico. Con este tipo de sentencias, en última instancia, lo que se potencia es el voto libre de los ciudadanos, la democracia política y la soberanía popular, respondiendo al mandato constitucional de que el poder reside en el pueblo.

En El Salvador también se han emitido sentencias en procesos de inconstitucionalidad en las que se han establecido o habilitado las candidaturas no partidarias para la conformación de la Asamblea Legislativa, cumpliéndose con los requisitos que exige la ley. De igual forma, se ha ejercido control abstracto de constitucionalidad a fin de garantizar la

---

[1] Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Amparo 665-210, de 5 de febrero de 2014, e Inconstitucionalidad 44-2013/145-2013, de 13 de julio de 2016.

independencia e imparcialidad del Tribunal Supremo Electoral, ya que existe una clara incompatibilidad entre las funciones jurisdiccionales electorales y la actividad partidaria, por lo que los dirigentes o afiliados a partidos políticos no pueden integrar los cargos de magistratura electoral. Asimismo, se ha determinado mediante sentencias de inconstitucionalidad que las juntas receptoras de votos deben estar integradas por ciudadanos no pertenecientes a partidos políticos, para evitar los conflictos de interés y el doble papel de juez y parte en los procesos electorales y, en definitiva, para conservar la imparcialidad en el conteo de votos en las urnas, salvaguardando con ello el poder del voto popular mediante un conteo de votos confiable, con respeto a la decisión soberana del pueblo.

En materia electoral y de derechos políticos, y siempre en ejercicio del control abstracto, la Sala de lo Constitucional emitió una sentencia ordenando a la Asamblea Legislativa que legislara a fin de habilitar las elecciones internas en los partidos políticos y de que los afiliados a estos pudiesen elegir, mediante voto secreto, las candidaturas a la Presidencia de la República, a la Asamblea Legislativa y a los concejos municipales. Asimismo, la Sala pronunció dos sentencias de inconstitucionalidad sobre el transfuguismo parlamentario y municipal, declarando inconstitucional dicha práctica ya que constituye un fraude a la voluntad del elector, que avala con su voto un programa político, una candidatura partidaria o un partido político, configurando así los órganos de representación popular para un determinado periodo, y posteriormente dicha voluntad se ve burlada cuando los candidatos electos renuncian a su partido y se inscriben en otro antes del vencimiento de su mandato. Por supuesto que el tratamiento de este tema no es fácil desde la perspectiva de la justicia constitucional.

Por último, puede mencionarse el tema relacionado con los fondos y donaciones que reciben los partidos políticos de los particulares, que también ha sido objeto de control constitucional por la justicia constitucional salvadoreña. En este sentido se ha emitido una sentencia de inconstitucionalidad por omisión que obliga a la Asamblea Legislativa a legislar sobre la identidad de los donantes de los partidos políticos y sobre el monto y destino de las donaciones, a fin de garantizar la rendición de cuentas y la transparencia de fondos en materia electoral. Sobre este tema es importante destacar que lo ideal en una democracia es que este tema sea objeto de desarrollo legislativo por decisión y voluntad política de los parlamentarios, pero cuando no existe en la clase política la voluntad necesaria para hacerlo, como es lo deseable en una democracia, los ciudadanos acuden al tribunal constitucional a exigir que se declare inconstitucional la omisión de legislar y se ordene lo procedente en términos constitucionales.

Otro tema que es importante destacar en cuanto al desarrollo e impacto de las decisiones de los tribunales constitucionales es el que se refiere a la judicialización o justiciabilidad de los derechos sociales y de los derechos colectivos. Algunos tribunales constitucionales, como la Corte Constitucional de Colombia y la Sala de lo Constitucional de El Salvador, han dado un giro muy importante en su jurisprudencia fortaleciendo la protección de los derechos sociales y colectivos, tales como la salud, la educación, la vivienda, la protección del derecho de los consumidores y la protección del medio ambiente, con lo cual se ha introducido un valor agregado en la jurisprudencia constitucional comparada cuando se han judicializado, además, las políticas públicas sociales, ejerciéndose control constitucional más allá de los actos normativos, como tradicionalmente surgió el control abstracto de constitucionalidad. La jurisprudencia colombiana, en este sentido, ha sido un importante referente para nuestro trabajo en El Salvador, por lo que valoramos mucho esta jurisprudencia innovadora de la Corte, con la cual la Sala de lo Constitucional ha establecido un diálogo jurisprudencial en temas de esta naturaleza.

Cuando se ejerce el control constitucional de políticas públicas y se emiten sentencias estructurales que hacen referencia a fallas sistemáticas en diferentes instituciones públicas, se protegen múltiples derechos individuales y sociales y se obliga al Estado a atender legítimas exigencias de los grupos sociales y de la colectividad en general, incidiendo en algunos casos en la actividad financiera y presupuestaria del Estado, ya que los derechos sociales, a diferencia de los derechos individuales, requieren de recursos materiales, financieros y otros para su satisfacción. Ello ha permitido también ejercer control constitucional de la actividad económica y financiera del Estado, a fin de verificar si en las políticas públicas se respetan, por ejemplo, los principios de equilibrio, universalidad y unidad del presupuesto de la nación y si se actúa en consonancia con los valores superiores de la Constitución y con los fines fundamentales del Estado. El presupuesto de la nación debe garantizar, precisamente, la consecución de los fines del Estado y debe darle vida a los valores superiores de la Constitución, tales como el bienestar general, la salud pública, la educación, la justicia y la seguridad jurídica.

En materia de control de las políticas públicas sociales podemos citar, a manera de ejemplo, algunos precedentes de la jurisprudencia constitucional comparada. El primero de ellos es en materia de educación. El precedente es de la jurisprudencia norteamericana en el caso Plessy contra Ferguson, de 1896, que se ve renovado por una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Brown contra Board of Education, de 1954, y se refiere al control constitucional de la política de educación segregada por motivos raciales. En ese caso, la Corte Suprema analizó la política

segregacionista y sostuvo que el derecho a la educación en condiciones de igualdad había sido violado de manera masiva y sistemática a través de políticas de segregación racial, declarando que dicha política era inconstitucional y violatoria de derechos fundamentales y que debía ser modificada.

En cuanto a las políticas públicas de vivienda, se puede citar el precedente del caso Irene Grootboom contra Sudáfrica, en donde el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, en el año 2000, se refirió al derecho de vivienda de las personas que vivían en condiciones intolerables de pobreza y miseria extrema. El tribunal realizó una "revisión razonable" del plan nacional sobre la crisis habitacional de Sudáfrica y sostuvo que la Constitución exigía un diseño completo y coordinado de dicho plan a fin de asegurar, de manera progresiva y según la disponibilidad de recursos, el derecho a la vivienda de las personas pobres, obedeciendo a los parámetros constitucionales. En este caso el Tribunal Constitucional ejerció el control constitucional de la política pública de vivienda.

En el tema de salud se puede mencionar un caso del Tribunal Constitucional de Perú, el n.º 2945 del año 2003. En este caso el tribunal revisó y ejerció control constitucional de la política de prevención y protección de personas con VIH-sida, y afirmó que los recursos previstos en la Ley de Presupuesto en el área de salud debían destinarse prioritariamente para atender las necesidades de los casos más graves o urgentes.

De igual manera, en El Salvador, la Sala de lo Constitucional ha ejercido control constitucional abstracto de la Ley de Medicamentos;[2] y en varios amparos ha ejercido control constitucional de las políticas públicas de salud en casos de asistencia a pacientes infectados con VIH-sida o que padecían de insuficiencia renal. También conoció y falló en casos de deficiente asistencia médica a los neonatos y personas hemofílicas e incluso sobre el caso de una menor de edad embarazada que tenía sida y que fue esterilizada sin el consentimiento informado de la paciente ni de sus padres. En estos casos se amparó a las personas demandantes y se revisaron las políticas de salud y los presupuestos insuficientes asignados, dictando medidas para la atención médica de los pacientes.

En Perú, en el caso 50-2004, el Tribunal Constitucional revisó la política pública del sistema pensionario y declaró inconstitucional las reformas aprobadas en esta materia, considerando que la sostenibilidad presupuestaria del sistema de pensiones padecía inequidades y un gran desequilibrio que vulneraba la Constitución. En El Salvador, la Sala de lo Constitucional también ejerció control abstracto de constitucionalidad de

---

[2] Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Inconstitucionalidad 33-2012, de 5 de octubre de 2012.

la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.[3] En Colombia, se puede citar sobre esta materia la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional.

En materia de desplazamiento forzado, la Corte Constitucional de Colombia ha revisado las políticas sociales para atender a las familias desplazadas a raíz del conflicto armado. En este caso se ha emitido una sentencia estructural en el caso T-25 de 2004, en el que se acumularon 109 demandas que hacían referencia a los derechos de 1150 familias de desplazados internos a causa del conflicto. La Corte hizo una vinculación directa entre los problemas de desarrollo de la política estatal, la insuficiente asignación de recursos económicos en el presupuesto del Estado y la afectación de los derechos fundamentales de los desplazados. En esta oportunidad, la Corte Constitucional reconoció la protección mínima del derecho a la vida digna, que ha sido desarrollado de manera extensiva por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, así como del derecho a la igualdad, el derecho de petición, el derecho a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital, a la ayuda humanitaria de emergencia, al acceso a proyectos de estabilización económica de los desplazados y a la protección de tierras. La Corte también se refirió a la protección especial de los sectores vulnerables involucrados entre los desplazados internos, como las mujeres, los niños y las niñas, los indígenas y las personas de la tercera edad. La Corte constató la insuficiente provisión de fondos del presupuesto del erario destinado para los desplazados y emitió una orden al Estado a fin de fijar la dimensión del esfuerzo presupuestario necesaria para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados. En la sentencia, la Corte Constitucional se refirió a cuestiones estructurales del Estado de derecho y a la relación interórganos, especialmente en materia de políticas públicas.

La evolución de la jurisprudencia ha llegado hasta el punto que ahora, a fin de que no existan zonas exentas de control constitucional y obedeciendo a las exigencias del Estado de derecho, se sostiene, como lo ha hecho la Corte Constitucional colombiana, que no se está desconociendo o desnaturalizando el principio de separación de poderes, es decir que no se están invadiendo las funciones del Ejecutivo en materia de políticas públicas. En este caso la Corte aclaró que no está desplazando a las autoridades competentes, sino apelando al principio de colaboración armónica entre las distintas ramas del Estado y afirmó que esa es precisamente la competencia del juez constitucional en un Estado social de derecho. Esta valiosa jurisprudencia sirve de referente para otros tribunales constitucionales en América Latina y, sin duda, es beneficiosa para la ciudadanía,

---

[3] Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Inconstitucionalidad 31-2004, de 6 de junio de 2008.

para las instituciones democráticas y para el fortalecimiento del mismo Estado colombiano.

Otro ejemplo que se puede citar en materia de políticas públicas es el relacionado con el hacinamiento en las prisiones, que es una práctica bastante generalizada en los países de la región, ya que, salvo excepciones, lo que impera es el hacinamiento y el abandono de las prisiones por parte de las autoridades carcelarias y penitenciarias. En la administración de las prisiones no se tiene una visión compatible con el trato humano y con el respeto a los derechos fundamentales, compatible con la readaptación y la reinserción social. El hacinamiento, además, representa un grave riesgo para incrementar la delincuencia desde la prisión, lo que hace más crítica la situación humanitaria y sanitaria de las personas privadas de libertad.

El tema del hacinamiento y la atención sanitaria en las prisiones ha sido abordado en la jurisprudencia constitucional comparada. Por ejemplo, se puede citar un proceso de *habeas corpus* ventilado en la Sala de lo Constitucional en el que se resolvió la situación sanitaria en condiciones de hacinamiento por medio de una sentencia estructural.[4] En este caso se ejerció control constitucional de las medidas restrictivas adoptadas en varias prisiones policiales y en algunos centros penitenciarios, y se determinó que la situación generalizada de hacinamiento constituía un estado de cosas inconstitucional. En la sentencia estructural que fue emitida por la Sala se ordenaron medidas generales vinculantes para todas las prisiones y penitenciarías de El Salvador.

La Corte Constitucional de Colombia también ha dictado varias sentencias estructurales relacionadas con el hacinamiento en las prisiones, y ha determinado que el hacinamiento en condiciones contrarias a la dignidad humana y a los derechos fundamentales constituye un estado de cosas inconstitucional.[5]

Otra materia en la que se observa el impacto y la incidencia de la justicia constitucional es la judicialización de la actividad económica y financiera del Estado. Este tema hace referencia a las finanzas públicas, al presupuesto nacional, a la política monetaria y a la política de endeudamiento del Estado. En materia de política monetaria, por ejemplo, países como El Salvador o Ecuador han experimentado procesos de dolarización que han sido objeto de control constitucional. También ha sido objeto de control constitucional la política de endeudamiento, de emisión de títulos

---

[4] Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Habeas Corpus 119-2014 ac, de 26 de mayo de 2016.

[5] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-153/98 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), Sentencia T-1256/00 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), Sentencia T-762/15 (M. P. Gloria Stella Ortiz), Sentencia T-7075/16 (M. P. Alberto Rojas Ríos), Sentencia T-276/16 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt) y Sentencia T-2197/17 (M. P. Luis Guillermo Guerrero).

valores para adquirir deudas soberanas y deudas de corto plazo para resolver problemas de liquidez presupuestaria. Por ejemplo, el control de la actividad financiera que la Sala de lo Constitucional de El Salvador ha ejercido de la Ley de Presupuesto de 2017 (inc. 1 y 25 de 2017),[6] declarándola inconstitucional por violación al principio de universalidad y equilibrio presupuestario. El presupuesto de 2017 estaba desfinanciando, toda vez que áreas claves, como el pago de pensiones, no estaba asegurado en el presupuesto, ni el pago de pensiones de la fuerza armada, ni la devolución del impuesto al valor agregado (IVA) para exportadores, ni la devolución del impuesto de la renta a los contribuyentes. En esos rubros no se previeron fondos suficientes. En el presupuesto se previó únicamente la cantidad de 1000 dólares para dichos rubros, lo cual constituye una clara violación a los principios de equilibrio y universalidad del presupuesto. La Sala de lo Constitucional declaró inconstitucional el presupuesto con efectos diferidos, ya que se tuvo la prudencia de no generar efectos inmediatos ni afectar su ejecución. El presupuesto siguió vigente para no afectar cuestiones claves en el país, pero se estableció un plazo a la Asamblea Legislativa para aprobar las reformas pertinentes. Esta línea jurisprudencial ya queda establecida como precedente para futuros presupuestos del Estado.

En Colombia, la Corte Constitucional también ha adoptado una sentencia muy interesante sobre el control presupuestario.[7]

Para concluir con estos ejemplos, quiero mencionar otra área de impacto de la jurisprudencia constitucional en cuestiones políticamente claves e históricas, que se refiere a los procesos de paz y a las reformas adoptadas conforme a los acuerdos de paz en los conflictos armados internos o sin carácter internacional. La Corte Constitucional de Colombia, por ejemplo, ha adoptado una sentencia[8] relacionada con el proceso de paz. En El Salvador, la Sala de lo Constitucional emitió la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía veintitrés años después de haber sido aprobada, tras la firma de la paz en 1992. En ambos casos se trata de conflictos armados internos que se resuelven políticamente por la vía política negociada, respetando el ordenamiento constitucional y con el control de los tribunales constitucionales en ambos países. Este control se ha ejercido en áreas tan sensibles políticamente como los acuerdos de paz, que no constituyen en estricto sentido un parámetro de control constitucional, pero que se ha ejercido con respecto a las reformas constitucionales pactadas en dichos acuerdos. Esas reformas sí han sido objeto de control, por lo que el

---

6 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Inconstitucionalidad 1-2017/25-2017, de 26 de julio.

7 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-55/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

8 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-699/16 (M. P. María Victoria Calle Correa).

juez constitucional puede, perfectamente, consultar el espíritu de dichos reformas en los acuerdos de paz, a fin de complementar el análisis que se hace en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes.

En El Salvador, al momento de firmarse los acuerdos de paz no se pactó amnistía alguna; por el contrario, las partes pactaron la investigación y sanción de los más graves crímenes de guerra, de las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario atribuidas a ambas partes, incluso con respecto a sus mandos militares. En los acuerdos de paz se estableció una Comisión de la Verdad, propiciada por Naciones Unidas, integrada por un honorable colombiano, el expresidente Belisario Betancur, por el venezolano Reinaldo Figueredo y por el norteamericano Thomas Burghental. El mandato que las partes le confirieron a la Comisión de la Verdad era el de investigar lo más grave que había sucedido en la guerra y recomendar la investigación y sanción ejemplarizante, de cara al futuro, de los crímenes más graves cometidos por ambas partes. Cuando se firmó la paz, la guerrilla y el Gobierno se comprometieron a cumplir fielmente las recomendaciones de la Comisión de la Verdad. El trabajo de la Comisión duró año y medio, y al final de su mandato entregó un informe con la mención de 32 casos ejemplarizantes, entre ellos, desapariciones forzadas, actos de terrorismo, torturas, ejecuciones individuales, masacres de civiles, entre otros. Cinco días después de haberse conocido el informe de la Comisión de la Verdad, en marzo de 1993, se aprobó la Ley de Amnistía, con efectos amplios, absolutos e incondicionales, en contra de lo que se había pactado en los acuerdos de paz. Mediante la citada ley se amnistió todo lo sucedido en la guerra y se exoneró de responsabilidad penal y civil a todos los participantes en el conflicto, civiles y militares. Veinte años después se presentó una demanda en la Sala de lo Constitucional contra la Ley de Amnistía, que ya había sido considerada como constitucional por una sentencia emitida por Sala de lo Constitucional en su integración anterior a la actual. La nueva demanda, que se presentó en el año 2013, estaba basada fundamentalmente en la interconexión que hicieron los demandantes entre la Constitución, como parámetro de control constitucional, con los tratados internacionales de derechos humanos y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, particularmente en un caso salvadoreño fallado por la Corte Interamericana, el caso de la masacre de El Mozote y cantones aledaños, en el cual se pronunció sobre las amnistías incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, teniendo como precedente el caso Barrios Altos contra Perú.

La Sala de lo Constitucional ejerció en este caso un control abstracto de la Ley de Amnistía y declaró inconstitucional la parte sustantiva de la ley, y, por conexión, declaró inconstitucional el resto de esta, ordenando que se emitiera una legislación complementaria que desarrollara

los parámetros de la sentencia y que estuviera en consonancia con los estándares de la justicia transicional, en la que se tomara en cuenta de manera especial a las víctimas y sus derechos. En este caso, la Sala ubicó a las víctimas y sus derechos en el centro de la sentencia y ordenó que se garantizara la reparación integral de los daños materiales e inmateriales ocasionados, pero la ley aún no ha sido emitida por la Asamblea Legislativa. En el marco de esta sentencia la Sala desarrolló varios mecanismos o modalidades de reparación, tomando en cuenta la jurisprudencia del sistema interamericano en esta materia. A un año de emitida la sentencia se realizó una audiencia pública de seguimiento de su cumplimiento, en la que participaron el presidente del órgano legislativo, el fiscal general y otras autoridades involucradas, y se pudo constatar que a esa fecha la sentencia continuaba en estado de total incumplimiento.

El último tema que quiero resaltar respecto a las áreas de impacto de las sentencias que emiten los tribunales constitucionales es el que se refiere a la defensa del Estado de derecho, el cual no solo implica salvaguardar el principio de legalidad, sino también los principios de separación de poderes e independencia judicial, que garantizan el sistema de pesos y contrapesos, el principio de jerarquía de las normas, el principio de supremacía de la Constitución, la garantía del debido proceso, la defensa de los derechos fundamentales, el principio de soberanía popular y el control de constitucionalidad de las leyes, entre otros elementos constitutivos del Estado de derecho. Los tribunales constitucionales, en última instancia, desempeñan la función de defensa y salvaguarda del Estado de derecho en las sociedades democráticas.

Respecto a las críticas y los problemas y retos que enfrentan los tribunales constitucionales hoy en día, se puede mencionar que, a raíz de la actividad jurisdiccional, que resulta ser incómoda al poder político en algunos países, se acusa a los jueces constitucionales de invadir las funciones legislativas y las competencias institucionales de otros órganos del Estado, de atentar contra el sistema de partidos políticos, de desestabilizar políticamente al gobierno de turno, de violar la separación de poderes y, en última instancia, se les señala de la comisión de actos de corrupción por las sentencias que emiten.

¿Qué problema enfrentan los tribunales con la emisión de este tipo de sentencias estructurales que afectan intereses políticos o del poder establecido? El primer problema y obstáculo que surge es el incumplimiento de las sentencias por la falta de voluntad política. En otros casos, se observa un cumplimiento parcial o un retardo injustificado en su cumplimiento.

El otro tema que es clave es el que se refiere a los retos y desafíos que tienen los tribunales constitucionales en algunos países. Uno de los más importantes retos consiste en superar la ausencia de mecanismos de

seguimiento del cumplimiento de las sentencias. Por supuesto que también se debe enfrentar el reto o desafío de trabajar más eficazmente desde la justicia constitucional, a fin de garantizar el impacto o la incidencia de las decisiones de los tribunales para fortalecer a los otros poderes del Estado y para darle vida a la Constitución y a los derechos fundamentales, pero para ello se requiere de la implementación de estrategias de seguimiento que sean eficaces, exigir rendición de cuentas a las autoridades demandadas con respecto al cumplimiento de las decisiones y fallos judiciales, no solo mediante la presentación de informes escritos, como es lo tradicional, sino de manera más creativa, por ejemplo, con audiencias públicas de seguimiento, ya que la publicidad en materia de protección de derechos humanos es uno de los mecanismos más efectivos para garantizar el cumplimiento de los fallos, especialmente cuando no existen otros mecanismos de exigibilidad de su cumplimiento. La publicidad de un acto de desobediencia a los mandatos judiciales o de incumplimiento de sentencias de inconstitucionalidad es un importante mecanismo de presión, especialmente para la clase política y para los funcionarios de alto nivel.

También es importante destacar la utilidad de hacer uso de la publicidad de las sentencias y de sus efectos en la población en general y en los medios de comunicación; pero también en el sector académico y, particularmente, en la comunidad jurídica y judicial de nuestros países, ya que la jurisprudencia constitucional es vinculante para los poderes públicos y para los jueces y tribunales ordinarios.

Otro reto o desafío que se puede mencionar es el desarrollo de la jurisprudencia sobre temas no abordados por la justicia constitucional, tales como los que se refieren a los derechos sociales, la protección del medio ambiente, etc. El último reto que se puede citar, y que hace referencia a cuestiones estructurales del Estado de derecho y de la protección jurídica de los derechos fundamentales, es la independencia de los tribunales constitucionales, especialmente si se toma en cuenta el grave riesgo que representa politizar la justicia constitucional a través del reparto de cuotas partidarias en su integración.

Concluyo mi conferencia destacando varios puntos. El primero de ellos es reiterar que la jurisprudencia constitucional comparada ha modificado el ejercicio tradicional del control abstracto de constitucionalidad, ya que ha evolucionado y se ha desarrollado de manera muy creativa, de modo que ha dado lugar al ejercicio de un control que va más allá de la visión tradicional que se ha tenido de la justicia constitucional.

Los tribunales constitucionales cumplen un papel determinante en las sociedades democráticas modernas, ya que son garantes de los límites que tiene que respetar el poder político frente a los particulares; son garantes de que no existan zonas exentas de control constitucional y de que

impere la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución; es decir que los tribunales constitucionales son los garantes, en última instancia, del imperio del derecho, y constituyen la máxima garantía de protección de los derechos fundamentales y del Estado democrático y social de derecho.

Finalmente, quiero destacar la importancia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, que ha sido clave para la defensa de los derechos fundamentales del pueblo colombiano, pero también para el fortalecimiento de las instituciones democráticas y del Estado de derecho en Colombia. La jurisprudencia constitucional, de la cual los colombianos deben sentirse orgullosos, ha sido un referente muy útil para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional comparada en la región, por lo que les felicito en este vigésimo quinto aniversario, y me atrevería a decir, con mucha convicción, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se ha construido en este país a lo largo de veinticinco años constituye un patrimonio del pueblo colombiano.

Muchas gracias.

Eficacia e impacto de las decisiones judiciales de constitucionalidad de la Corte Constitucional

CRISTINA PARDO SCHLESINGER*

En la tarde de hoy abordaremos una reflexión sobre el control de constitucionalidad que adelantan los tribunales constitucionales del mundo, pero especialmente dirigiremos la mirada sobre el control que ejerce concretamente la Corte Constitucional colombiana. Sobre sus características, sobre su eficacia jurídica y social, sobre su legitimidad, sus virtudes y sus posibles excesos o defectos.

Nos acompañarán en la tarde de hoy los distinguidos panelistas Carlos Gustavo Cano, Eleonora Lozano Rodríguez, Guillermo Alfonso Sánchez Luque y el moderador de la mesa, el doctor David Fernando Varela Sánchez.[1]

* Magistrada de la Corte Constitucional de Colombia desde el 16 de mayo de 2017. Abogada de la Universidad del Rosario. Profesora de Derecho Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de esa universidad durante diez años. Directora del Área de Derecho Constitucional de la misma facultad. Magistrada auxiliar de la Corte Constitucional durante catorce años y medio. Secretaria jurídica de la Presidencia de la República durante seis años y medio.

1 Carlos Gustavo Cano es economista de la Universidad de los Andes y ex codirector del Banco de la República. Tiene un posgrado en Alta Dirección Empresarial del Instituto de Alta Dirección Empresarial (Inalde), un posgrado en Government, Business and the International Economy de la Universidad de Harvard (1981) y un máster en Economía de la Universidad de Lancaster (Inglaterra) (1972).
Eleonora Lozano Rodríguez es abogada y economista de la Universidad de los Andes, directora de la Maestría en Tributación y de la Especialización en Tributación de la misma universidad y doctora en Derecho de la Universidad de Salamanca.
Guillermo Alfonso Sánchez Luque es abogado de la Universidad del Rosario, con especialización en Derecho Administrativo de la misma institución académica. También es especialista en

En Colombia el control constitucional concentrado es una institución jurídica de vieja data. En efecto, nuestro país fue pionero a nivel mundial en establecer mecanismos para proteger la supremacía de la Constitución, al disponer ya en el año 1910 el control concentrado de constitucionalidad en cabeza de la Corte Suprema de Justicia y la acción pública de inconstitucionalidad de las leyes.[2]

Desde entonces cuenta con uno de los sistemas de control constitucional más fuertes en el mundo y es de los pocos en los que cualquier ciudadano puede solicitar a la Corte Constitucional que una norma adoptada por el poder legislativo sea expulsada del ordenamiento jurídico. En Estados que son referentes de nuestra tradición jurídica, como el italiano,[3]

Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid (España) y magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de París.
David Fernando Varela Sánchez es abogado y especialista en Ciencias Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá (Colombia) (1984). En la actualidad es consultor internacional de la Agencia Norteamericana para la Cooperación Internacional en Colombia, Guatemala y Perú, y del Banco Mundial en Colombia y Perú. Anteriormente, el doctor Varela se desempeñó como asesor del ministro del Interior para reformas de descentralización y ordenamiento territorial y cooperación internacional. Fue el primer director de Políticas y Estrategias de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en Colombia (2012).

2 En primer lugar, es relevante mencionar que el control constitucional en Colombia tiene rasgos de su nacimiento mucho antes de la reforma constitucional de 1910, que instauró el sistema de la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia. En 1863 las cortes estatales y la Corte Federal ya ejercían controles de constitucionalidad parcializados y, en 1886, se introdujo el esquema antijudicial de la Constitución desde la figura de las objeciones presidenciales. De esta forma, estos ejemplos permiten demostrar que los vestigios del control concentrado de constitucionalidad van más atrás del año 1910. Sin embargo, a pesar de lo anterior, sería un error caer en el anacronismo de afirmar que el control concentrado de constitucionalidad existió a cabalidad en los textos constitucionales mencionados, puesto que lo que se evidencia no es más que indicios de su existencia, de ninguna forma de manera concentrada en su totalidad. Ahora bien, ya establecida esta somera cronología del control constitucional en Colombia, es posible adentrarse en la reforma constitucional de 1910, por ser esta la que finalmente "establece un completo sistema de control de constitucionalidad [en nuestro país]". Eduardo Cifuentes Muñoz, "Jurisdicción constitucional en Colombia", *Ius et Praxis* 8, n.º 1 (2002): 283-317, https://bit.ly/2Wp0hhI. En este sentido, el artículo 41 del Acto Legislativo 03 de 1910, por medio del cual se reformó la Constitución política de 1886, pregonó que "a la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes, tendrá la siguiente: decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación". Asamblea Nacional de Colombia, Acto Legislativo 03, de 31 de octubre de 1910.

3 El control se ejerce a través de recursos presentados por: a) el Estado contra una ley regional o de las provincias autónomas de Trento o Bolzano; b) las regiones contra leyes del Estado y leyes de otras regiones; c) las provincias autónomas de Trento o Bolzano contra las leyes estaduales de la región Trentino Alto Adige, y d) la Región Trentino Alto Adige contra las leyes de las provincias autónomas de Trento o Bolzano. Para que se inicie un proceso constitucional a través de vía de excepción, es indispensable la existencia previa de un litigio presentado ante la jurisdicción ordinaria. Tal proceso se inicia con una duda alegada, de oficio o a petición

el alemán[4] o el español,[5] la legitimación para activar la competencia de sus tribunales constitucionales está limitada a ciertas autoridades.

Recordemos que, en nuestro país, el control de constitucionalidad se ejerce por dos caminos: de una parte, está el control concentrado o por vía de acción, caracterizado por la existencia de un tribunal especializado, esto es, la Corte Constitucional, encargada de ejercer el control de constitucionalidad abstracto, es decir, de conocer las acciones de inconstitucionalidad interpuestas por los ciudadanos contra las normas con carácter material de ley y el estudio de las normas jurídicas frente a las cuales la Constitución política prevé un control de constitucionalidad oficioso y automático. Cabe señalar que el Consejo de Estado, como cabeza de la jurisdicción contencioso-administrativa, también ejerce el control abstracto de constitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno nacional, mediante la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

De otro lado, tenemos el control constitucional difuso o por vía de excepción de inconstitucionalidad, que implica que todas las autoridades judiciales y administrativas pueden no aplicar una norma por considerarla contraria a la Constitución. Como es característico del control difuso, la norma no es anulada por el operador jurídico, sino solo inaplicada en el caso concreto, es decir, la inconstitucionalidad tendrá efectos *inter partes*.

La Corte Constitucional colombiana no solo ejerce control concentrado o por vía de acción, sino que asimismo ejerce control difuso o por vía de excepción de inconstitucionalidad cuando actúa en sede de tutela.

---

de parte, por un juez ordinario en curso de cualquier juicio. También se da acceso al control constitucional con origen en controversias entre una autoridad ordinaria y una autoridad administrativa.

4 El control constitucional de las normas en la República Federal Alemana es un control abstracto y concreto; es abstracto porque en caso de que se presente alguna duda sobre la compatibilidad del derecho federal o de los Länder con la Ley Fundamental, o del derecho federal con el derecho de los Länder, están legitimados el Gobierno federal, el de los Länder o un tercio de los diputados del Bundestag para resolver la duda; y es concreto en la medida en que un tribunal tiene el deber de suspender un proceso que adelante cuando considere que una ley es inconstitucional y que su fallo depende de su validez. En este caso, la suspensión tiene efectos hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la legitimidad constitucional de dicha norma.

5 El control de constitucionalidad de normas con rango de ley tanto del Estado como de comunidades autónomas se realiza mediante el recurso de inconstitucionalidad, que es promovido por el presidente del Gobierno, el defensor del pueblo, cincuenta diputados o senadores y los Gobiernos y parlamentos autonómicos; este es de carácter abstracto y directo.

El control de constitucionalidad y la idea de constitución presente en nuestro tiempo

Reflexionemos ahora brevemente sobre las características actuales del control de constitucionalidad, antes de entrar a evaluarlo. Pues bien, el control de constitucionalidad que hoy en día ejerce la Corte Constitucional responde a la *idea de constitución* que se tiene en nuestro tiempo, la que se tiene ahora. Si bien, como se dijo, dicho control existe entre nosotros desde 1910, el modo de ejercerlo no ha sido siempre igual, pues la idea de la constitución también ha variado entre nosotros.

Ciertamente, la idea de la constitución de que se parta condiciona la manera de interpretar el derecho. También el tipo de sociedad condiciona la forma de interpretar el derecho. No es lo mismo interpretar la Constitución y las facultades de la Corte a la luz del positivismo jurídico, que bajo corrientes de pensamiento como el iusnaturalismo, el realismo o el constructivismo. Tampoco es igual la idea de constitución que se tiene en un régimen político hegemónico a aquella que prevalece en sociedades pluralistas y multiculturales, en las que se tiende a abrir espacio a lecturas de consenso con respecto a los textos jurídicos. La Constitución en un Estado pluralista, poliétnico y pluricultural, como el que propone la carta del 91, que actualmente nos rige, no es solo la regla fundamental mayoritariamente aceptada y jerárquicamente superior a todas las demás normas, sino una fórmula de convivencia consensuada, que permite a todos los grupos convivir bajo la unidad.

En efecto, en una sociedad pluralista, entendida como aquella en la que se abre espacio a la presencia de una diversidad de corrientes sociales con intereses, ideologías y aun culturas diferentes, la Constitución es un punto de encuentro, un lugar de convergencia o de coexistencia de valores y principios, que permite construir la unidad e integración de la nación en torno de un proyecto de vida colectivo. Dentro de este esquema, la Constitución es un compromiso de convivencia, en donde todos los valores y principios recogidos en ella tienen igual importancia, en tanto representan esta suerte de acuerdo fundamental que permite la integración de la sociedad y evita su disociación.

Ahora bien, la Constitución en el Estado social de derecho, a diferencia de lo que fue en el Estado liberal clásico, no es un sistema formal de valores y principios, no es letra muerta, sino más bien una carta de navegación llamada a proyectarse efectivamente en la vida de la nación y de cada uno de sus individuos, a regular la convivencia; a esta realidad el neoconstitucionalismo la llama *la fuerza normativa de la constitución*; y en esta operatividad o proyección práctica, tales valores y principios con frecuencia pueden aparecer contrapuestos: libertad frente a autoridad y

orden; igualdad ante la ley frente a estatutos especiales para ciertos grupos sociales; interés general frente a interés particular; solidaridad social frente a libre iniciativa privada, etc.; los mismos derechos fundamentales usualmente entran en conflicto a la hora de ser ejercidos: libertad de expresión frente a intimidad personal; libertad de enseñanza frente a libertad religiosa, derecho al libre desarrollo de la personalidad frente a "los derechos de los demás y el orden jurídico", etc. Así pues, los valores y principios recogidos en la carta deben ser armonizados en el momento de su aplicación práctica, lo cual exige reconocerlos a todos en igualdad de condiciones, sin dar *prima facie* a ninguno de ellos un carácter absoluto ni prevalente, a fin de permitir su convivencia armónica como única forma de hacer posible ese proyecto de vida pluralista acordado en la Constitución.

Esta idea de la constitución que supera la de su sola superioridad normativa, propia del positivismo, se refleja en nuevos métodos de control de constitucionalidad, que buscan ponderar los valores, principios y derechos en juego, para lograr su armonización y vigencia simultánea. De ahí que los métodos de ponderación y de evaluación de la proporcionalidad sean el criterio por excelencia de control de constitucionalidad en nuestros días.

Ahora bien, de la mano de esta nueva idea de constitución y de *control de constitucionalidad* presente en nuestro tiempo, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado métodos de análisis constitucional o ha acogido otros provenientes de otras latitudes, que, siempre en defensa de la supremacía de la carta y siempre con miras a hacer real su eficacia social, han implicado en cierto grado una interpretación amplia de sus competencias. Así, además de contar con un marco normativo que la dota de unas funciones muy robustas, como lo vimos anteriormente, ella misma ha aplicado métodos que le han permitido ejercer un control más efectivo y adecuado. Ciertamente, en el ejercicio de control de constitucionalidad, la Corte ha acudido a técnicas y teorías que han ampliado su marco de acción. Es sobre este fenómeno en lo que hoy debemos reflexionar, si estas teorías y métodos deben ser utilizadas con más prudencia y, por así decirlo, con la humildad que proviene de la conciencia sobre su legitimidad democrática de segundo y no de primer grado.

Quisiera referirme brevemente a los desarrollos jurisprudenciales que han reforzado las competencias de la Corte durante sus veinticinco años de existencia.

La jurisprudencia en el sistema de fuentes

Quizás el valor vinculante de la jurisprudencia sea el rasgo más definitorio del reforzamiento del papel de la Corte. Gracias a la propia jurisprudencia constitucional, ella dejó de ser entre nosotros tan solo *doctrina probable* o

criterio auxiliar[6] en el ejercicio judicial, para pasar a tener un papel vinculante en el sistema de fuentes del derecho. De la mano de este cambio de paradigma, Colombia transita de un modelo de derecho legislado, de tipo continental europeo, a otro modelo, que podría llamarse mixto, en donde la jurisprudencia adquiere cada vez más preponderancia como fuente del derecho, tal como sucede en los sistemas jurídicos de tradición anglosajona.

Ciertamente hoy en día la jurisprudencia es fuente directa y vinculante tanto para las autoridades como para los jueces y los particulares. La cultura del precedente irradia a las otras altas cortes, que han venido acercándose a esta nueva concepción del derecho. El carácter obligatorio del precedente no solo cobija a la Corte Constitucional, sino a todas las decisiones judiciales de los tribunales de cierre de las respectivas jurisdicciones.

En relación con las decisiones adoptadas en sede de control de constitucionalidad por la Corte Constitucional, su carácter vinculante *erga omnes* tiene fundamento directo en el artículo 243 superior. De igual manera, por razones que tocan primordialmente con el derecho a la igualdad frente a la administración de justicia y con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, una sola sentencia de unificación la Sala Plena genera *precedente* obligatorio, y su desconocimiento en un fallo posterior implica nulidad. En cuanto a las decisiones de tutela adoptadas por las diferentes salas de revisión de la corporación, por las mismas razones, bajo el concepto de *jurisprudencia en vigor,* la Corte ha entendido que también constituyen *precedente* varias decisiones uniformes de dichas salas[7] que "han dejado tras de sí un sustrato de interpretación judicial que permite inferir criterios mínimos de alguna manera reiterados por la Corte en cuanto al alcance de las normas constitucionales aplicables en lo relativo a la solución de controversias planteadas en los mismos términos".[8]

---

6 "Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial". Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, 6 de julio de 1991, artículo 230.

7 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-292/06 (M. P. Manuel José Cepeda), en la que se fijaron una serie de parámetros que permiten determinar si en un caso es aplicable o no un precedente, a saber: i) que en la *ratio decidendi* de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver, ii) que esta *ratio* resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso y iii) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente. De no comprobarse la presencia de estos tres elementos esenciales, no es posible establecer que un conjunto de sentencias anteriores constituye precedente aplicable al caso concreto, por lo cual al juez no le es exigible dar aplicación a este.

8 Corte Constitucional de Colombia, Auto 013/97 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), reiterado en Auto 131/04 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), Sentencia 094 /07 (M. P. Jaime Araújo Rentería), Auto 155/14 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y Sentencia 131/15 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

En síntesis, gracias a la labor interpretativa de la Corte, la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre, en cuanto autoridades de unificación jurisprudencial, vincula a los tribunales, jueces y a todas las autoridades, con base en los principios constitucionales de igualdad, buena fe y seguridad jurídica.

La doctrina de la constitución viviente y la interpretación evolutiva de la Constitución

También forma parte de la idea de constitución presente en la mente de nuestro tiempo la convicción de que ella, en su sentido material y no formal, es un sistema abierto y no estático de valores y principios, que por lo tanto debe ser objeto de una interpretación *evolutiva*. La proyección normativa de la Constitución, es decir, su deseable eficacia práctica, no se logra siguiendo una visión estática de ella, sino que implica un ejercicio hermenéutico abierto a la realidad sociohistórica. A la carta se le reconoce un carácter dinámico, derivado de su relación directa con la realidad política, social y cultural. Incluso, tal carácter puede implicar que una decisión judicial revestida del carácter de *cosa juzgada*, fundada en una concreta interpretación constitucional, pueda luego ser revisada para adecuarla a las particularidades de un nuevo contexto. Véase la aplicación práctica de esta nueva idea de la Constitución:

> Cuando es declarada exequible una disposición, el fenómeno de la cosa juzgada material produce como regla general la imposibilidad para la Corte Constitucional de pronunciarse sobre la materia previamente resuelta, ya que puede conducir a providencias contradictorias que afecten la seguridad del ordenamiento jurídico, o alteren la confianza legítima de los administrados en la aplicación de la Constitución, o vulneren el principio de la igualdad.
>
> No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la especial naturaleza de la cosa juzgada constitucional, es necesario advertir que, de manera excepcional, resulta posible que el juez constitucional se pronuncie de fondo sobre normas que habían sido objeto de decisión de exequibilidad previa. El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva —aun cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental—, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de "Constitución viviente" puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución —que

> es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades—, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica.[9]

Como puede verse, la concepción evolutiva de la Constitución ha llevado incluso a construir una concepción de la cosa juzgada compatible con la naturaleza de un control constitucional, que permite la adaptación de la jurisprudencia a los cambios históricos y evita así su petrificación. Es una doctrina constitucional que hoy está en boga también en otras latitudes, que, por así decirlo, deja en manos del tribunal constitucional decidir cuándo una determinada interpretación de la misma Constitución debe ser abandonada o modificada para ajustarse a una evolución de la realidad social. Ahora bien, algunos sectores de la opinión jurídica pueden ver en esta doctrina un velado poder de reforma constitucional en manos de la Corte. Así pues, cabe una reflexión acerca de si todo cambio social puede considerarse como conducente a una variación en la interpretación de los textos superiores y si las competencias de la Corte se fundan en una adecuada legitimidad que le permita producir esos cambios.

Esta misma doctrina sobre el carácter viviente o evolutivo de la interpretación constitucional, acogida por la Corte, permite que la corporación misma sea utilizada frecuentemente como plataforma para propiciar o consolidar ciertos cambios sociales. La actividad de la Corte, tanto en sede de control abstracto como de tutela, ya no es entendida como la simple

---

[9] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-774/01 (M. P. Rodrigo Escobar Gil). En la Sentencia C-447/97 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte expuso: "Todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no solo de elementales consideraciones de seguridad jurídica —pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles— sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. [...] Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones. Esto no significa obviamente que, en materia de jurisprudencia constitucional, el respeto al precedente y a la cosa juzgada constitucional deban ser sacralizados y deban prevalecer ante cualquier otra consideración jurídica, puesto que ello no solo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias. [...] Se debe entonces aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica —que implica unos jueces respetuosos de los precedentes— y la realización de la justicia material del caso concreto —que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas—". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-447/97 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).

resolución de casos, sino que es frecuente que grupos portadores de una corriente de opinión y de comportamiento propicien, a través del litigio estratégico, llevar a juzgamiento casos paradigmáticos que permiten a la Corte impulsar verdaderos cambios en las políticas públicas, que rompen paradigmas y que en algunas oportunidades alcanzan soluciones para colectivos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

Con todo, esta utilización de la Corte para tales propósitos, en asuntos en los cuales el órgano legislativo de representación popular ha permanecido inactivo, suscita una reflexión seria acerca de la suficiencia de legitimidad democrática para producir tales cambios.

La doctrina de la constitucionalización de todas las ramas del derecho

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha acogido la doctrina de la fuerza expansiva de la Constitución a todas las ramas del derecho. Conforme a esta corriente de pensamiento jurídico, la vinculatoriedad de los derechos fundamentales en todos los ámbitos, no solo públicos sino también los privados, irradia todo el ordenamiento jurídico y condiciona situaciones que en el régimen constitucional anterior se consideraban como ámbitos reservados a la ley o al arbitrio privado. Sin lugar a duda, siendo la Corte Constitucional la intérprete autorizada de la Constitución, el fenómeno de la constitucionalización refuerza su papel en la hermenéutica de todas las ramas del derecho, de manera que hoy no existe disciplina jurídica que no se vea alcanzada por la jurisprudencia de la Corte. Pero debe tenerse especial cuidado con lo que el profesor Robert Alexy denomina *supraconstitucionalización del derecho*, que roba un margen adecuado a la definición legislativa, y con ello a las competencias del Congreso.[10] Nuevamente, cabe en este punto analizar si por esta vía se han reforzado exageradamente las competencias del tribunal constitucional, de manera que se ha ahogado la potestad legislativa.

Los nuevos métodos de interpretación constitucional

Las nuevas técnicas de interpretación constitucional también han aumentado el marco de acción del control de constitucionalidad. En el nuevo constitucionalismo, la importancia de los valores y de los principios jurídicos y la necesaria ponderación entre ellos, entendida como método de interpretación del derecho, exige al juez constitucional el despliegue de

---

[10] Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 503-553.

una carga argumentativa que no se le pediría en modelos de positivismo jurídico, en los que lo usual era la argumentación de tipo lógico-formal. En la medida en que las normas constitucionales no tienen prevalentemente el carácter de reglas, no es posible aplicarlas por subsunción, a la manera de silogismos, de modo que la función del juez, sobre todo del juez constitucional, ha dejado de ser una actividad mecánica, para pasar a ser un ejercicio profundo de argumentación, que permite flexibilizar el derecho través de la ponderación, para lograr de mejor forma la justicia material. A esta nueva idea del derecho y de la labor del juez, un connotado tratadista ha bautizado con el sugestivo rótulo de *derecho dúctil*.

Sin embargo, esta nueva forma de interpretar y aplicar el derecho ha permitido un reforzamiento muy importante de la labor del juez y le ha otorgado un papel central en el sistema de fuentes, desconocido hasta hace un tiempo entre nosotros. En ocasiones, a través de la argumentación se puede llegar a interpretaciones contratextuales, que nuevamente generan un motivo de reflexión sobre los límites de la función judicial.

La internacionalización del derecho constitucional

La Constitución de 1991 también cambió el paradigma del diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional. El papel del juez constitucional en las últimas décadas se ha visto renovado y reforzado debido al proceso de internacionalización del derecho constitucional, es decir, a la incorporación de ciertos contenidos del derecho internacional al orden jurídico interno, como un conjunto de normas que configuran una fuente normativa relevante para definir el contenido y alcance, por ejemplo, de los derechos fundamentales. Este proceso ha llevado a que exista una interacción constante entre los jueces internos y los jueces internacionales. Los parámetros de interpretación del juez constitucional se han ampliado con la incorporación de estos contenidos del derecho internacional al orden interno, ya que el juez no se limita a revisar su ámbito normativo, sino a tomar lo establecido en la jurisprudencia emitida por órganos judiciales internacionales.[11]

En el caso colombiano, el artículo 93 de la Constitución política ha permitido este proceso de incorporación del derecho internacional. El llamado *bloque de constitucionalidad* exige comprender que el texto de la carta política se conforma no solo de las normas textualmente establecidas, sino que también está compuesto por otras disposiciones con jerarquía constitucional. Así, el control constitucional que realiza el juez

---

[11] Paola Acosta, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 31-38.

se ve ampliado con los parámetros del orden internacional que han sido integrados a la Constitución.[12]

La Corte Constitucional, como órgano al que se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, no ha sido ajena a este nuevo papel del juez constitucional. Basta mirar la jurisprudencia para notar cómo las disposiciones de tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de sus mecanismos de supervisión —judiciales y cuasijudiciales—, hacen parte integrante de las consideraciones de la Corte para reforzar o motivar una decisión. Incluso, el tribunal en ocasiones cita documentos de *soft law* o tratados que Colombia no ha ratificado para interpretar el contenido y alcance de derechos fundamentales.[13]

En este punto tenemos que la propia Constitución, en su artículo 93, incorpora al derecho interno en el nivel constitucional —en lo que la jurisprudencia y la doctrina llaman *el bloque de constitucionalidad en estricto sentido*— una serie de tratados internacionales suscritos por Colombia. Empero, la jurisprudencia misma ha señalado otras fuentes de derecho internacional a las que igualmente les ha dado ese estatus normativo, con lo que se han ampliado los referentes normativos de validez constitucional. Otras veces, por vía jurisprudencial les ha dado a algunos convenios una interpretación extensiva indudable, como en el caso del Convenio 169 de la OIT. Lo anterior plantea otro motivo de reflexión sobre el alcance de las funciones que se desarrollan en ejercicio del control de constitucionalidad.

---

12 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225/95 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), reiterada en la providencia C-067/03 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), en la que se definió el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta "por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu*".

13 Corte Constitucional, Sentencia T-376/12 (M. P. María Victoria Calle Correa), en la que la Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional consideró que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es una fuente de derecho que imparte obligaciones al Estado colombiano en materia de consulta previa, sin tener presente que, cuando se aprobó este documento en la Asamblea General de Naciones Unidas, Colombia se abstuvo de votar su aprobación; incluso Colombia manifestó una reserva relacionada con el artículo sobre consulta previa del mismo documento.

El tipo de providencias y las teorías que ha aplicado la corporación en el estudio de las normas puestas a su consideración

El otro eje de la ampliación del control constitucional se encuentra en el tipo de providencias que profiere y las teorías que ha aplicado la corporación en el estudio de las normas puestas a su consideración.

La doctrina de la sustitución de la Constitución

La llamada teoría de la sustitución de la Constitución puede considerarse como una interpretación amplia de los artículos 241 y 379 superiores. Ha dicho la corporación que el examen exclusivo de vicios de procedimiento en trámite de una reforma constitucional incluye, además, el estudio de los vicios de competencia en el ejercicio del poder de cambio constitucional, dado que se ha entendido que toda constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser un poder constituido.

En este orden de ideas, el poder de reforma puede modificar cualquier disposición de la carta, pero no suponer una supresión o sustitución de esta. Ello implica entonces un análisis por parte de la corporación, no simplemente de las ritualidades que se adelantaron para reformar la norma superior, sino de qué casos implican una sustitución de la Constitución vigente. En este abanico han sido disímiles las decisiones, en las cuales la Corte ha considerado algunas veces que la reforma constitucional analizada sí sustituía un principio axial de la carta de 1991 (segunda reelección presidencial, suspensión transitoria del principio de meritocracia, reformas a la administración de justicia bajo el principio de la independencia judicial), pero en otras ha considerado que el cambio constitucional no ha desconocido ningún principio constitucional (primera reelección presidencial).

Es incuestionable que la teoría de la sustitución de la Constitución protege los fundamentos mismos de la democracia y garantiza que su espíritu sea resguardado de cambios que subvierten el orden establecido. No obstante, la doctrina ha advertido una tendencia del tribunal constitucional a catalogar como componentes axiales de la democracia, en forma sobreinclusiva, algunos elementos que podrían no serlo. De ser ciertas tales críticas, se estarían limitando injustificadamente a las mayorías democráticas, a través de una interpretación amplísima de la competencia otorgada por la carta política sobre el control de reformas constitucionales. Cabe también reflexionar sobre los límites de esta teoría.

Las sentencias moduladas

La modulación de sentencias busca que, en cumplimiento de la preservación de la supremacía constitucional, el tribunal encuentre un camino para llegar a una solución hermenéutica que permita mantener la voluntad legislativa. Este tipo de fallos permite a la Corte adoptar decisiones intermedias entre la constitucionalidad o inconstitucionalidad, cuando ninguna de ellas resulta adecuada para garantizar la supremacía constitucional.

Las sentencias moduladas son de distintos tipos. Las llamadas *interpretativas* se presentan en aquellos casos en que una disposición legal acusada admite varias interpretaciones razonables y acordes con la norma superior, pero también ofrece lecturas que no lo son. En este orden, la alternativa es expulsar del ordenamiento los entendimientos de la disposición contrarios a la carta y mantener la existencia de la norma, pero advirtiendo cuál es su interpretación admisible, que en consecuencia pasa a formar parte del contenido material de la disposición. Un segundo tipo de estas sentencias se denominan *aditivas o integradoras*, en las cuales el tribunal constitucional constata que existe una omisión legislativa relativa, al presentarse una regulación incompleta que genera un efecto inconstitucional. En estos casos el tribunal no expulsa ningún contenido normativo, sino que agrega a la legislación el elemento indispensable para cobijar la situación no prevista en la norma. Otra clasificación son las llamadas *sentencias sustitutivas*, en donde la Corte expulsa del ordenamiento una disposición, lo que genera un vacío en la legislación que debe ser suplido por la misma Corte Constitucional. Finalmente, se encuentran las *sentencias con modulaciones temporales*, que implican ya sea declarar efectos retroactivos de sus decisiones o bien diferir en el tiempo la decisión de inexequibilidad.

Sin embargo, hay quienes formulan cuestionamientos con respecto a la práctica de esta técnica. La corporación en algunos casos acude a este tipo de providencias sin que en realidad se encuentren presentes las circunstancias que la justifican y, por esta vía, agrega elementos normativos, cuando no existen vacíos inconstitucionales ni posibles interpretaciones contrarias al texto superior. Como lo ha señalado la misma Corte Constitucional, los fallos condicionados son de aplicación restringida y, en consecuencia, solo tienen lugar frente a aquellas normas cuyo contenido material es confuso y resulta imprescindible que el juez constitucional les fije su verdadero alcance para que se entiendan ajustadas al texto de la carta política. En este orden, han sido objeto de críticas por la academia aquellos fallos que han modificado tipos penales o han establecido causales de exoneración penal. Este particular puede ser analizado en las sentencias sobre la ley antisecuestro o en las causales de justificación previstas en la ley penal en materia de aborto o eutanasia. De igual manera ocurre con aquellas que agregan un considerable número de condicionamientos a leyes estatutarias,

reemplazando la labor del Congreso.[14] Asimismo, ha sido criticada por la opinión pública la sentencia que decretó inexequible la emergencia social por la crisis del sector salud, pero que dejó vivos todos los impuestos por ella decretados, a través de una inexequibilidad diferida.[15]

El costo fiscal de las decisiones de la Corte

Los debates que se dan en la Corte Constitucional son de puro derecho. Con ello quiero señalar que las pretensiones que se analizan, tanto en sede de control abstracto como de control concreto, casi nunca se cuantifican. Es decir, por regla general la Corte carece de información acerca del valor de sus providencias, del costo que tiene para el Estado o para los particulares involucrados en el cumplimiento de sus órdenes.

Algunas de ellas en ciertas ocasiones generan hondas repercusiones económicas. Esta realidad, entre otros factores, llevó al Congreso de la República a introducir en nuestra Constitución el principio de *sostenibilidad fiscal*, establecido en el Acto Legislativo 3 de 2011, que ha marcado un cambio en algunas decisiones. En virtud de este principio, se establece la necesidad de que el Estado mantenga una disciplina fiscal que evite la configuración o extensión en el tiempo de déficits fiscales abultados, que pongan en riesgo la estabilidad macroeconómica.[16]

Al respecto, cabe mencionar la Sentencia C-288 de 2012,[17] en donde, al definir el alcance de la referida reforma constitucional, la corporación consideró que la sostenibilidad no es principio constitucional sino un *criterio*. Esto significa que con base en él no es posible evadir el cumplimiento de la función primaria que le fue asignada a la Corte por el constituyente de 1991, la cual es guardar la integridad y supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales. Por ello, dicho criterio debe ser entendido como un instrumento para su adecuada materialización.

A partir de esta decisión, el criterio de sostenibilidad, más que erigirse en un limitante de los derechos fundamentales, ha sido una herramienta para racionalizar la dirección de recursos escasos, buscando además que se dirijan prevalentemente a la población vulnerable. En el grupo de

---

14 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-748/11 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), que realizó el control constitucional al proyecto de Ley Estatutaria n.º 184 de 2010 Senado, 046 de 2010 Cámara, por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. En el salvamento de voto se expone que los condicionamientos hacían ver que la labor del Congreso había sido incompleta y el vacío no lo podía llenar la Corte Constitucional. En otros salvamentos, los magistrados disidentes permiten ver que lo que procedía era la inexequibilidad de la norma por imposibilidad de condicionarla.

15 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-253/10 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

16 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288/12 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

17 Ibíd.

decisiones que se han orientado por este criterio, así entendido, pueden resaltarse aquellas que han limitado el reconocimiento a la población más privilegiada de un monto de pensiones que exceden la posibilidad financiera del sistema pensional (Sentencia C-258 de 2013, sobre las pensiones de los congresistas).[18]

En esta misma línea se encuentran las providencias que han limitado los beneficios del régimen de transición,[19] como aquellas referentes al salario base de liquidación de pensiones de este régimen, entre otras.

---

[18] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-258/13 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt). Debe resaltarse que en la decisión sobre el régimen pensional de los congresistas y exmagistrados se ordenó que los recursos que se ahorrarían en virtud del fallo no podían constituir ahorro fiscal, sino que debían ser utilizados para ampliar la cobertura del sistema. Es decir, en vez de que el principio de sostenibilidad fiscal se entendiera como un criterio dirigido a limitar los derechos, debía ser entendido como una verdadera herramienta de racionalización de los recursos dirigido a los sectores más necesitados. La providencia dice expresamente: "Tal y como se analizó al estudiar el capítulo sobre el Estado social de derecho, en este modelo de Estado, el principio de sostenibilidad fiscal no puede ser invocado para menoscabar los derechos fundamentales, ni restringir su alcance o negar su protección efectiva". Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 3/11 (M. P. María Victoria Calle Correa). De igual manera, el artículo 48 superior, tal y como fue modificado por el Acto Legislativo 1 de 2005, ordena al Estado garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional en aras de asegurar su cobertura universal, la inclusión de las clases menos favorecidas y el pago efectivo de las mesadas pensionales. En este caso, se han demostrado las claras restricciones que en materia de cobertura, universalidad, eficiencia y solidaridad padece nuestro actual sistema de seguridad social en pensiones. En este orden de ideas, una decisión exclusivamente dirigida a promover el ahorro fiscal para reducir el déficit no se compadece con las obligaciones estatales en materia de garantía efectiva del derecho a la seguridad social de todos los habitantes del país. Por ello, en el cumplimiento del presente fallo se han de adoptar las medidas conducentes a asegurar que el ahorro fiscal obtenido como resultado de los reajustes dispuestos en la parte resolutiva sean dirigidos al aumento de la cobertura del sistema general de pensiones. En este orden de ideas, la imposición de límites razonables en el monto que puede recibir una persona por concepto de la pensión, siempre que se trate de aquellas que se pagan con cargo a recursos de naturaleza pública, se encuentra encaminado a que el Estado adopte medidas para redistribuir los recursos y aumentar la cobertura del sistema pensional. El principio de sostenibilidad fiscal solo es relevante en cuanto justifica que el ahorro generado por esta providencia sea destinado a ampliar la cobertura del sistema pensional en beneficio de las personas de escasos recursos, como lo ordena el principio de Estado social de derecho.

[19] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU230/15 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt), que limitó el ingreso base de liquidación (IBL) a los diez últimos años de servicio; Sentencia SU427/16 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), que consideró que los salarios para tener en cuenta en la liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición no pueden ser incrementados de forma desproporcionada en el último año de servicios cuando ello no ha respondido a su historia laboral productiva. Lo anterior "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva", y Sentencia SU1073/12 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), que limitó el retroactivo a pagar en el caso de indexación de la primera mesada pensional.

De igual manera, el criterio de sostenibilidad fiscal ha sido utilizado para limitar el pago de indemnizaciones, como las del pago retroactivo por el reintegro de funcionarios provisionales.[20]

En este orden, se observa que la Corte se ha orientado a considerar el principio de sostenibilidad fiscal, más que como un límite en el goce de los derechos fundamentales, como una garantía de su ejercicio dentro de criterios de razonabilidad.

No obstante, algunos sectores de la opinión pública consideran que las decisiones de la Corte en ciertos momentos siguen generando impactos fiscales exagerados, que ella misma debería autocontrolar. En muchas ocasiones tales fallos, se ha dicho, son imposibles de cumplir, defraudando las expectativas de los ciudadanos. En otras oportunidades, algunos hacen ver que, en aras de dar aplicación al fallo, pueden desentenderse otras obligaciones sociales del Estado. En este orden, los críticos llaman la atención en cuanto a que la Corte no puede desconocer la realidad económica, porque en últimas la estabilidad financiera es la que garantiza que sus órdenes puedan ser ejecutadas a un largo plazo.

Algunos ponen de presente que algunos fallos de la Corte han supuesto el desconocimiento de compromisos de protección de inversiones que ocasionan cuantiosas demandas internacionales a la nación.

La dificultad contramayoritaria

Finalmente, no es posible dejar de referirnos al asunto, muy en boga en la academia, de lo que ha sido llamado *la dificultad contramayoritaria*, que considero que es un asunto que debe ser recibido con humildad por parte de cualquier magistrado de un tribunal constitucional. La cuestión de la dificultad contramayoritaria plantea que el principio democrático en sí mismo impone límites al control de constitucionalidad. El cuestionamiento central gira alrededor de la dificultad que implica que un tribunal, que no ha sido elegido popularmente, invalide un acto jurídico adoptado por los representantes de las mayorías democráticas, ellos sí elegidos popularmente.

La pregunta por la legitimidad del control judicial de constitucionalidad no es materia nueva para la academia jurídica constitucional; pero ha cobrado una gran actualidad debido a las importantes decisiones que han sido adoptadas por los tribunales constitucionales del mundo y que han sido objeto de enormes alabanzas y también de profundas críticas. Estos

---

[20] Corte Constitucional, Sentencia SU054/15 (M. P. Luis Guillermo Pérez), en donde se ordenó descontar del monto de la indemnización las sumas que, por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

discursos se han centrado en el deber ser de estos tribunales en el esquema moderno de gobierno democrático constitucional.

La objeción o dificultad contramayoritaria es una posición doctrinaria que surge dentro del marco de los estudios críticos sobre el control constitucional ejercido por parte de los tribunales jurisdiccionales, y que, a su vez, se enfoca en el cuestionamiento del poder que se le ha otorgado a la rama judicial para realizar un control de constitucionalidad sobre las leyes emitidas por el poder legislativo, dentro del contexto del régimen democrático. Ello sobre la base de que dicho control judicial de revisión constitucional se opone al fundamento del sistema democrático, debido a que los jueces que ponen límites a la toma de decisiones de las mayorías no son elegidos por voto popular, por lo cual no representan directamente a dicha mayoría, ni toman sus decisiones a partir de una responsabilidad electoral,[21] lo que ocasiona complejas consecuencias y contradicciones dentro del orden político, sobre todo en los casos en que dichas decisiones examinan temas que entrañan una discusión político-jurídica y en ocasiones moral, con grandes implicaciones dentro de la sociedad.

En Colombia, la discusión académica sobre la carencia de legitimidad democrática como un límite al control constitucional se hizo expresa en la Sentencia C-283 de 2011,[22] que extendió el derecho a la porción conyugal a los compañeros permanentes, entre ellos a los conformados por el mismo sexo. Esta misma discusión está muy presente en la Sentencia C-577 de 2011,[23] que dio plazo al Congreso para regular la figura del matrimonio para las parejas del mismo sexo, al considerar que el órgano legislativo y no la Corte Constitucional era quien debía regular un tema de tan alta envergadura social. Por ello, no se puede afirmar que la Corte no haya considerado la legitimidad democrática como un límite al ejercicio de su competencia desde mucho antes de estos pronunciamientos.

Además, de forma implícita, el principio democrático ha sido aplicado por la corporación como un límite del control que ella misma ejerce. Ello es palpable: i) en el principio de respeto a la libertad de configuración del legislador que usualmente aplica, ii) en el principio de conservación del derecho y iii) en los diferentes "exhortos", que no órdenes, que ha hecho al Congreso de la República. Con base en el principio de libertad de configuración del legislador, la Corte ha señalado que su poder de intervención en las decisiones del legislativo se ve menguado en ciertas materias en las que el Congreso tiene un amplio margen de decisión. Con el principio

---

21 Comparar con Alexander Bickel, *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics* (Nueva Haven: Yale University Press, 1986).

22 Corte Constitucional, Sentencia C-283/11 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

23 Corte Constitucional, Sentencia C-577/11 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

de conservación del derecho, busca mantener en el ordenamiento las decisiones del legislador que admiten interpretaciones inconstitucionales, evitando la expulsión de estas, pero rechazando sus interpretaciones que no se ajustan a la carta. Para ello utiliza las llamadas sentencias de constitucionalidad condicionada.

No obstante, la Corte ha sido objeto de críticas, en especial cuando en ciertas oportunidades ha procedido a dar órdenes específicas de legislar en determinado sentido (caso tauromaquia) u órdenes específicas de regulación a autoridades administrativas, más aún cuando se trata de órdenes proferidas al resolver acciones de tutela, en sentencias expedidas por simples salas de revisión (casos aborto y eutanasia).

Esta breve descripción muestra entonces que la Corte Constitucional se ha revestido ella misma de una competencia amplia de control de constitucionalidad. Es cierto que a través del ejercicio de sus funciones ha hecho visibles grandes injusticias sociales de nuestro régimen y ha trabajado seriamente para la superación de estas situaciones; es cierto que sus decisiones han contribuido de manera importantísima al mantenimiento del régimen democrático y a la justicia pronta y material; es cierto que su labor permanente ha cambiado para bien a la realización efectiva de los derechos fundamentales, no obstante, tras veinticinco años de labores, cabe hacer un alto en el camino y reflexionar sobre si debe ser más mesurada y, por así decirlo, "humilde", más respetuosa de las competencias constitucionales de las demás ramas del poder público, y entender que, a pesar de tener una importancia cardinal en el Estado social y constitucional, no se encuentra sola. La pregunta es entonces si debe hacer una reflexión de autolimitación que, en últimas, garantice el funcionamiento de todo el aparato estatal.

La anterior reflexión, centrada en la legitimidad democrática de las decisiones de la Corte, tiene una relación clara con el asunto de la efectividad de estas decisiones. Es un lugar común en la sociología jurídica la reflexión acerca de la relación entre la eficacia social del ejercicio del poder y su legitimidad. Es claro para la sociología que los destinatarios de las órdenes de las autoridades están dispuestos a cumplirlas con más facilidad si consideran que tales órdenes son justas, pero también que emanan de un poder legítimo, no de uno "usurpador". Incluso si los destinatarios de las órdenes no las comparten, serán más proclives a cumplirlas si provienen de una autoridad competente y legítimamente constituida.

Supongamos que la Corte da una orden al Congreso de legislar sobre determinado asunto o de hacerlo de determinada manera. Si la materia es controversial, será muy difícil lograr el cumplimiento de esta orden, pues el Congreso, órgano pluralista por excelencia, es el depositario de una legitimidad democrática de primer grado, por haber sido elegido mediante

sufragio universal y directo. Legitimidad de la cual no se reviste la Corte, elegida por el Senado de la República, mediante un sistema electoral democrático de segundo grado. No es extraño entonces que tales órdenes resulten inefectivas.

También la Corte, en otras ocasiones, buscando garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, profiere decisiones para las cuales no tiene suficiente formación profesional. Por ejemplo, las órdenes en asuntos económicos y financieros, como en el caso del sistema UPAC. Es fácil emitir tales órdenes, pero no es igual de fácil que estas tengan la efectividad, no jurídica, sino social y económica buscada por la corporación. Sobre este asunto hay estudios que demuestran la ineficacia económica y social de tales decisiones. Es pues otro motivo de reflexión.

De igual manera, algunas voces han advertido que la falta de conocimiento en temas económicos y del marco fiscal de mediano y largo plazo por parte de los jueces constitucionales puede poner en riesgo el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado colombiano. En la balanza de la ponderación deben tenerse en cuenta todos los intereses en juego y al final lograr el cumplimiento a largo plazo de la garantía de los derechos fundamentales.

En fin, dejo en estos términos planteado un debate para que enseguida los panelistas se empleen a fondo en la discusión del asunto.

Muchas gracias.

Introducción al debate sobre eficacia e impacto de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional

DAVID FERNANDO VARELA SÁNCHEZ*

Introducción

Después de la Segunda Guerra Mundial, la incapacidad de los poderes tradicionales del Estado para garantizar la justicia y la equidad social impulsó el desarrollo de la justicia constitucional. Estos tribunales y cortes deberían impulsar la transformación política y social y asegurar la vigencia y el respeto de los derechos humanos, además de la división y el control del poder político. Siguiendo el ejemplo de Europa continental, en otras latitudes se crearon despachos judiciales dotados de amplias potestades y herramientas de intervención en la vida económica, social y política, a manera de nuevo arreglo institucional en el que este nuevo actor actúa como garante jurisdiccional de la constitución política para materializar expectativas no cumplidas por los Gobiernos.

En el caso colombiano, aunque el control judicial de la Constitución existía desde 1910, en la carta política de 1991 se creó un organismo dotado de muy amplias potestades para garantizar la integridad del ordenamiento

* Abogado y especialista en Ciencias Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Magíster en Leyes del Instituto de Derecho Comparado de McGill University. Ha sido consultor internacional del Banco Interamericano de Desarrollo, del Banco Mundial y de la Agencia Norteamericana para el Desarrollo Internacional. Asimismo, se ha desempeñado como director de Políticas y Estrategias de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y asesor en el Ministerio del Interior.

superior, a través de herramientas como el control abstracto de constitucionalidad y la acción de tutela. En pocos años, la Corte Constitucional se convirtió en un actor protagónico del Estado y la sociedad, cumpliendo una función determinante en la configuración del sistema económico, político, social y cultural del país.

Tan solo para mencionar algunos ejemplos, el juez constitucional ha proferido decisiones sobre el manejo de las relaciones internacionales, la política económica, el sistema tributario, el proceso de paz, la administración de justicia, la reelección presidencial, la despenalización parcial del aborto, la eutanasia, el consumo de estupefacientes, el sistema de financiación de vivienda, los derechos de las parejas del mismo sexo, las denominadas "megapensiones", el sistema de salud y el alcance de la figura de la consulta previa a las comunidades indígenas. De ese modo, la Corte se ha convertido en un actor fundamental dentro de la organización política y social colombiana.

Situación actual

Veinticinco años después de su establecimiento, es necesario evaluar los resultados de las intervenciones de la Corte, mediante un análisis de sus decisiones judiciales más allá del propio texto y justificación, para identificar y evaluar su ejecución e impacto. Esta nueva perspectiva concentra la mirada en los efectos reales y concretos de la jurisprudencia constitucional, más que en el discurso jurídico-político que la soporta.

En este contexto, se plantean algunos interrogantes fundamentales:

1. ¿Cuál es el balance general de este tribunal a partir de los resultados que ha producido, identificando los espacios de la realidad social, económica y política en que se han producido transformaciones significativas, positivas o negativas? ¿Han subsistido algunos otros en los que la realidad ha permanecido inalterada?

   En efecto, aunque resulta indiscutible el papel protagónico de la Corte en la vida del país, la forma específica en que ha incidido en la organización social está todavía por evaluarse. Por ejemplo, los efectos reales de sus decisiones pueden diferir de lo que la Corte supone, y en ocasiones el posible desbordamiento en el ejercicio de sus competencias se puede traducir en una afectación seria, a corto, mediano o largo plazo, de los derechos fundamentales que la misma Corte desea proteger y asegurar. En temáticas como el sistema de adquisición de vivienda, el esquema para la indexación de salarios en el sector público y privado o el sistema de salud, la Corte ha tratado de plasmar criterios progresistas ligados a consideraciones sobre protección de los derechos humanos, pero en realidad ha producido resultados no

esperados, como incidir en forma negativa en la distribución equitativa de la riqueza.

Por ejemplo, cuando la Corte ordenó la reliquidación general de las deudas hipotecarias, independientemente del estrato social y de la capacidad económica de los deudores y sin imponer un límite material en el subsidio de la vivienda de mayor valor, los estratos sociales más favorecidos recibieron la mayor parte de las ayudas estatales otorgadas a través de las reliquidaciones, mientras que el resto de la población recibió apenas una parte marginal. De manera similar, cuando impuso límites a las tasas de interés en los créditos de adquisición de vivienda, la Corte instauró un sistema permanente de subsidios a la compra de vivienda y entregó la mayor parte de los recursos públicos, sin saberlo, a quienes no padecían necesidades económicas. Algo semejante pudo haber ocurrido con decisiones sobre el esquema para indexación de salarios en el sector público y privado, que lo desvinculan de variables de inflación y productividad, prescinden de la diferencia entre inflación esperada e inflación histórica, privilegian al sector público sobre el privado y aceptan diferencias en los ajustes a los servidores públicos.

Otros observadores han cuestionado el impacto real de las decisiones judiciales, que consideran mucho más modesto y limitado de lo que la misma Corte supone. Difícilmente puede establecerse un vínculo causal entre las sentencias de esta corporación y los grandes indicadores sociales de distribución de la riqueza, desempleo, acceso a bienes públicos o expectativa de vida.

En otras oportunidades, la Corte ha fundamentado sus decisiones en la necesidad de alterar un estado de cosas, pero algunos de estos cambios no se han producido. En la Sentencia C-038 de 2004, por ejemplo, la Corte avaló la reforma legal que limitó algunos beneficios laborales, sobre la base de que esta restricción podría incidir positivamente en la reducción del desempleo, pero no parece que esta decisión haya tenido el efecto esperado. Algo similar ha ocurrido con decisiones ampliamente debatidas, como aquellas que limitan la capacidad impositiva del Estado sobre los productos susceptibles de ser gravados con IVA[1] o las que extienden deducciones de ingresos laborales para el cálculo del IMAN.[2]

---

1 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-776/03 (M. P. Manuel José Cepeda) y Sentencia C-209/16 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

2 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-492/15 (M. P. María Victoria Calle Correa).

2. ¿Cómo ha asumido la Corte la problemática general de eficacia e impacto de los fallos judiciales? ¿Su aproximación a esta problemática ha permeado su actividad jurisdiccional y en qué términos? En sus denominados *fallos estructurales*, por ejemplo, la Corte ha demostrado un interés especial por configurar sus decisiones en función de la necesidad de incidir positiva y efectivamente en la realidad, especialmente en aquellos escenarios en que se evidencian problemas estructurales de vulneración masiva de derechos fundamentales, y también ha tratado de garantizar el cumplimiento de estos fallos mediante sofisticados esquemas de seguimiento, tal como ha ocurrido con el cumplimiento de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento realizado en la Sentencia T-025 de 2005, o con el cumplimiento de la Sentencia T-760 de 2008, relativa al sistema de salud.

   En otros casos, el interés de la Corte fue suscitado por factores externos, como el incidente de impacto fiscal, figura introducida normativamente para obligar a los operadores judiciales a revisar la configuración de sus decisiones y los términos de su cumplimiento, en función del gasto público asociado. Sin embargo, no es claro que la misma preocupación permee toda la actividad judicial, ni tampoco el marco analítico a partir del cual se aborda esta problemática. Por el contrario, las reflexiones referidas a estos mandatos son más bien puntuales y se efectúan de manera intuitiva, no en forma consciente y deliberada o con sustento empírico.

3. ¿Es pertinente este tipo de análisis en el escenario judicial y en qué términos puede realizarse? ¿Deben los jueces constitucionales estructurar sus decisiones en función de los efectos directos o indirectos que puedan tener, o su único eje de reflexión debe ser el contenido y alcance de los derechos de las personas, tal como ha sido configurados normativamente en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos? ¿Puede ser el análisis de los efectos de las decisiones judiciales ajeno al análisis de los derechos? ¿Qué herramientas e instrumentos de análisis pueden ser utilizados por el juez constitucional? ¿Qué marcos teóricos pueden ser aplicados a este propósito? ¿Cómo se pueden incorporar este tipo de reflexiones en el razonamiento judicial?

4. También surgen interrogantes respecto de los límites que el juez constitucional debe tener en su intervención, algunas veces frente al desarrollo mismo de las reglas del mercado, evitando la distorsión generada por fallas derivadas de las decisiones judiciales; en otras, por los efectos en la capacidad de deliberación y decisión del sistema impositivo; sin dejar de lado la discusión sobre la autonomía interpretativa

y de desarrollo que de la propia Constitución pueden tener los otros órganos del poder público, entre ellos, quienes al mismo tiempo ejercen una función judicial, incluso como jueces constitucionales, tal como ocurre con el Consejo de Estado.

5. Temas planteados para debate: en reuniones previas, el moderador planteó una serie de preguntas adicionales (aunque no esperaba realizar más de dos o tres, como en efecto sucedió, de acuerdo con las disponibilidades de tiempo).
    a. La legitimidad resultante de las decisiones de la justicia constitucional que protegen o promueven los derechos económicos y sociales plantea también el desafío de posibles críticas a un supuesto "activismo judicial", que perseguiría la agenda ideológica propia de los jueces en materias no jurídicas. ¿Cómo respondería usted a esas posibles críticas, de modo que se asegure uno de los atributos esenciales de la administración de justicia: su imparcialidad?
    b. Es posible que para determinar los posibles efectos de algunas de sus decisiones la jurisdicción constitucional tenga que realizar un examen no solo jurídico, sino también económico, social y hasta técnico (del dominio de disciplinas altamente especializadas, como la actuarial en materia de pensiones u otras prestaciones periódicas), ¿cree usted que ese análisis puede exceder las capacidades del propio personal de la jurisdicción constitucional en general? ¿Podrían o deberían ayudarla peritos en otras ciencias? ¿Cuál debería ser el procedimiento para su selección a fin de prevenir cualquier posible sesgo en sus opiniones que pueda afectar las decisiones que adopten los jueces y lograr que adquieran una visión completa del problema y sus posibles soluciones?
    c. Algunos analistas consideran que en el pasado han ocurrido casos de "desbordamiento" en las decisiones de la jurisdicción constitucional (p. ej., indexaciones de salarios en el sector público, o en materia de salud). ¿Sin referirse a ningún caso concreto, cree usted que, si las causas o efectos de ese desbordamiento lo justifican, sería posible corregir una decisión judicial que generó efectos inesperados o indeseados? ¿Si un impacto fuera negativo, podría la jurisdicción revisar sus decisiones independientemente del paso del tiempo para rectificarla y evitar esos efectos más allá de los mecanismos de impugnación inmediata? ¿Sería posible hacer eso a pesar de las restricciones de la cosa juzgada?
    d. ¿Cómo cree usted que se evita el riesgo de que un sistema de seguimiento de las decisiones de la jurisdicción constitucional se asemeje a una forma de coadministración, con el riesgo de que un efecto negativo no anticipado pueda ser atribuido al juez constitucional?

e. La jurisdicción constitucional se ha convertido en un actor fundamental de la vida colombiana, ¿cree usted que la Corte, y la jurisdicción en general, dispone de los recursos necesarios para estudiar y comprender la inmensa variedad de temas sometidos a su conocimiento, que cubren la totalidad del aparato del Estado y de la vida social? ¿Están los jueces en mejores condiciones que los órganos especializados de la rama ejecutiva para estudiar los problemas que les plantean los demandantes y diseñar las posibles soluciones?
f. La eficacia de las decisiones de la Corte Constitucional depende de la capacidad y voluntad reales de los destinatarios de sus decisiones para cumplirlas. La primera puede ser función de los recursos disponibles (económicos/financieros/humanos) y la segunda de decisiones políticas que en general les corresponden a las ramas popularmente elegidas del poder público, ¿cree usted que la Corte Constitucional puede o debe entablar un diálogo con esos otros actores claves para modular sus decisiones? ¿Cómo podría o debería realizarlo?
g. ¿Quién debe efectuar el balance de los resultados de la jurisdicción constitucional? ¿La misma jurisdicción? ¿Instituciones académicas o investigativas? ¿Otras ramas del poder público? ¿La sociedad en general? ¿O todos ellos, para alcanzar una visión de 360º?
h. ¿Cree usted que los jueces constitucionales deben ir más allá de la simple letra de la Constitución para consultar su "espíritu" e imaginar en "detalle" cómo debería ser el país soñado por la carta y perseguir unos objetivos económicos y sociales que pueden estar descritos de manera genérica en la Constitución, pero cuyos "detalles" no han definido apropiadamente o en el tiempo debido las ramas políticas del poder público?
i. ¿Podrían los economistas haber predicho los posibles efectos negativos o positivos de algunas de las decisiones más controvertidas de la jurisdicción constitucional? ¿Lo hicieron efectivamente en el momento de su expedición o posteriormente? ¿Qué lenguaje común cree usted que podría permitir un diálogo más fluido entre economistas y abogados, de modo que mejore la calidad de las decisiones judiciales con impacto en las políticas públicas?
j. ¿Cómo economista, cómo mediría usted el impacto de las decisiones de la Corte Constitucional en temas claves de políticas públicas, en el corto, mediano o largo plazo? ¿Es posible establecer relaciones de causalidad entre decisiones judiciales y efectos económicos o sociales?

k. ¿Cómo han operado los incidentes de impacto fiscal? ¿Han sido efectivos a favor o en contra de los derechos fundamentales o de las finanzas públicas? ¿Cree usted que si se necesitan más recursos para cumplir una decisión jurisdiccional, deben aumentarse los impuestos o la deuda pública?
l. ¿Cree usted que una de las mayores distorsiones que pueden derivarse de decisiones de la jurisdicción constitucional puede ser simplemente la "inseguridad jurídica", que retarda o impide decisiones de inversión (como al parecer ha sucedido en el sector minero y en el extractivo en general) ante el riesgo de una decisión impredecible?
m. ¿Creen ustedes que es posible prevenir el riesgo del denominado "choque de trenes", derivado de posibles interpretaciones encontradas de diversos jueces constitucionales?

El debate realizado

El doctor Cano afirmó que la Corte Constitucional debería velar tanto por la sostenibilidad del crecimiento económico como por el equilibrio fiscal. Advirtió acerca de los riesgos del gasto redistributivo que puede afectarlos. Finalmente, propuso que para enfrentar esos desafíos la Corte desarrolle una modalidad de trabajo con equipos multidisciplinarios, y avanzó en una propuesta concreta: la integración de un grupo asesor de alto nivel que ilustre a los magistrados sobre temas económicos.

La doctora Lozano recordó uno de los principios del análisis económico del derecho: medir los resultados en términos de la eficacia (logro del efecto tanto instrumental como simbólico) y la eficiencia (la asignación de recursos para lograr esos efectos). Por eso insistió en la necesidad de evaluar los costos de las decisiones judiciales y del aparato judicial. Para construir precedentes judiciales vinculantes, la Corte tendría que tomar en cuenta estos elementos, de una manera que describió como "multidimensional". Citó como ejemplo la aplicación de los principios tributarios de equidad, eficiencia y progresividad, que, en algunos casos, han sido ineficaces, como en los de entidades territoriales, para los que todavía falta establecer un precedente vinculante sobre si su poder de imposición es originario o derivado. Acerca de la declaración de la inconstitucionalidad de las amnistías, criticó más bien la oportunidad de la decisión y la extensión de sus efectos. En su opinión, una situación diferente es la de los fallos sobre los impuestos conocidos como IMAN e IMAS, para los que un incidente de impacto fiscal logró diferir los efectos o la eficacia inmediata de la decisión sobre el IVA aplicable a la canasta básica familiar.

El doctor Sánchez observó que la Corte Constitucional suele ser más proactiva en materia de tutelas que en su control sobre las políticas públicas. Aunque reconoció el principio de que la Constitución realiza un reparto de competencias y que nadie está por encima de la Constitución, advirtió de los riesgos de una "constitucionalización" del derecho, que puede volverse reglamentarista y hasta conducir a la "judicialización" de la vida social. Una situación así solo reflejaría el fracaso de la misión de la administración pública, que terminaría congestionando los despachos judiciales con acciones de tutela, convertidas a su vez en acciones de cumplimiento. En su opinión, un garantismo constitucional extremo impone a los ciudadanos la carga de acudir al juez para hacer efectivos los mandatos constitucionales que la administración u otros jueces deberían aplicar sin necesidad de presión judicial.

Para cerrar el debate, el moderador preguntó a los panelistas cómo se podría evaluar o anticipar la eficacia e impacto de las decisiones de la Corte Constitucional en el futuro. La doctora Pardo afirmó que la Corte puede pedir como pruebas el concepto de expertos. Estimó que con esa decisión reconocería con humildad las limitaciones de sus propios conocimientos y podría mitigar los riesgos de un impacto fiscal "gota a gota" que no se anticipó oportunamente. El doctor Cano insistió en la necesidad de asegurar que los incidentes de impacto fiscal solo se utilicen en el interés general, y destacó los beneficios de la seguridad jurídica para la economía y la sociedad. Para la doctora Lozano, el incidente de impacto fiscal es la herramienta adecuada para ilustrar a la rama judicial sobre la magnitud de los posibles efectos económicos. El doctor Sánchez invitó a regresar al sentido propio de las normas en lugar de utilizarlas para diseñar o ejecutar políticas públicas.

Notas acerca de la eficacia e impacto de las decisiones judiciales sobre la economía

CARLOS GUSTAVO CANO*

La Constitución Política que nos rige desde 1991 creó la Corte Constitucional, cuyos primeros veinticinco años de existencia celebramos hoy, bajo la presidencia del doctor Luis Guillermo Guerrero, con la misión esencial de velar por su guarda, su integridad, su supremacía y su cabal cumplimiento.

Sin duda, en el ámbito de la jurisdicción constitucional esta iniciativa conformó un hito sin par. Apenas comparable, en el ámbito de la economía, con el nuevo régimen de la banca central, creado por la misma Constitución, que le otorgó a la autoridad monetaria autonomía administrativa, patrimonial y técnica, a fin de ejercer con independencia frente al Gobierno su tarea fundamental de velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda.

No se trata de un mero capricho macroeconómico, sino ante todo de un imperativo de índole social. Pues la inflación es la más gravosa carga para los estratos más pobres de la sociedad. O sea, un flagelo que, en caso de no domarse, termina siendo la vía más perversa hacia la agudización de las desigualdades.

Sobre el particular, Lenin sostenía, con toda razón, que la mejor manera de destruir el sistema capitalista consiste en corromper sus monedas.

* Economista de la Universidad de los Andes. Máster en Economía de la Universidad de Lancaster. Cursó un posgrado de Gobierno, Negocios y Economía Internacional en la Universidad de Harvard. Se ha desempeñado, entre otros cargos, como codirector del Banco de la República, ministro de Agricultura y Desarrollo Rural de Colombia y consultor externo del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA) en desarrollo alternativo y competitividad para la región Andina.

Quienes pretenden desconocer esta incontrovertible realidad, suelen escudarse tras el falso dilema entre control de la inflación o crecimiento, como si ambas categorías fueran excluyentes.

Nada más equivocado. Intentar maximizar el crecimiento sin controlar la inflación equivale a perseguir un dividendo espurio, puesto que la clave para garantizar que aquel, en vez de ser flor de un día, se traduzca en genuino bienestar bajo el presupuesto de la equidad es su sostenibilidad. Y una condición *sine qua non* de esta es la garantía de una inflación baja, estable y, en lo posible, predecible. Pero el cabal cumplimiento de esta condición solo puede asegurarse si, a su vez, se garantiza la propia sostenibilidad fiscal.

Para ilustración, cabe darle un vistazo a nuestra historia reciente.

La década comprendida entre los años 2005 y 2014 representó un choque externo sin precedentes, originado en la disparada de los precios del petróleo y la respuesta positiva de los volúmenes de extracción del hidrocarburo, que llegaron al millón de barriles diarios, cuando el promedio de los veinte años anteriores fue inferior a la quinta parte de dicha cifra.

En el año "pico" de la llamada "bonanza", que fue 2013, las exportaciones de crudo alcanzaron a representar el 56% del total de las exportaciones. En tanto que la renta petrolera del Gobierno nacional, compuesta por los impuestos de renta de las empresas del sector, más los dividendos provenientes de Ecopetrol, llegó al 20% de la totalidad de sus ingresos. Una porción jamás vista antes, equivalente al 3,3% del PIB; al punto que los recaudos del fisco llegaron a sobrepasar, en proporción notable, los ingresos previstos en el presupuesto.

Tales comportamientos, tan favorables en los frentes de las ventas externas y de las finanzas públicas, que le permitieron al Gobierno sostener un creciente gasto en medio de la holgura fiscal, sin duda contribuyeron en gran medida a que la economía creciera en promedio un 4,7% anual durante esa década. Una tasa también sin precedentes, en contraste con el 3,2% de crecimiento promedio anual a lo largo de las dos décadas anteriores.

Ahora bien, el principal riesgo del desbordamiento del gasto público es el sacrificio de su medular función de estabilización de la economía. Gasto público que, en las fases expansivas típicas de las bonanzas —lo que podría denominarse el *efecto voracidad*—, suele convertirse en una fuente primordial de presión sobre la demanda agregada, los precios y la tasa de cambio real, materializada en fuertes revaluaciones de sus monedas. Colombia no ha sido ajena a este fenómeno.

Sin duda, el frente cambiario durante esos años contribuyó en buena medida a la tarea de mantener a raya la inflación, pero a costa de la industria y el agro. Se trata del fenómeno coloquialmente conocido como *enfermedad holandesa*.

Esta experiencia mostró que financiar con recursos externos los excesos de inversión sobre el ahorro interno propicia la revaluación y, por consiguiente, la enfermedad holandesa.

Desde la perspectiva de la estabilización del ciclo económico, durante períodos de vacas gordas el camino indicado consiste en incrementar significativamente el ahorro público, mediante el aumento de la tributación y/o la reducción del gasto.

Es decir, evitar caer bajo las garras del efecto voracidad, de suerte que se garantice la naturaleza contracíclica de la política fiscal y que, una vez agotado el auge o la bonanza, o sea en los ciclos de vacas flacas, se cuente con espacio suficiente para la acción inversa: reducir la tributación y aumentar el gasto.

Sin embargo, lo que a la postre nos ocurrió fue lo contrario: expansión fiscal durante la estación de las vacas gordas y contracción durante las flacas.

Un instrumento apropiado con el fin de conducir el manejo de las finanzas públicas por la senda correcta han sido las llamadas reglas fiscales, que en el fondo lo que persiguen no es otra cosa que contribuir, por medio de la ley, a disciplinar su manejo.

Con el desplome de los precios del hidrocarburo, que se precipitó en 2014, y cuyo principal perdedor fue el fisco, al haber sufrido la desaparición de la renta petrolera, igualmente se precipitaron la consecuente caída de los términos de intercambio, el significativo impacto negativo sobre el ingreso nacional, la sustancial ampliación del déficit de la cuenta corriente y la abrupta corrección o destorcida cambiaria, materializada en una fuerte devaluación de la moneda.

Como resultado, el crecimiento de la economía, que en 2013 había sido de 4,9%, en 2014 se redujo al 4,7%, en 2015 al 3,1% y en 2016 al 2%. Y en este año, 2017, llegaría apenas a cerca del 1,6%.

En el corto plazo, la más grande apuesta del Gobierno para poder recuperar el crecimiento reside en la inversión en las denominadas vías de cuarta generación o 4G, con un presupuesto de 5,5 billones de pesos para 2017, suma que supera en cuatro veces el tamaño del PIB.

Conociendo la fragilidad del balance público, luce francamente inalcanzable el cumplimiento de dicho presupuesto observando con rigor nuestra regla fiscal, sin una muy significativa participación extranjera.

La moraleja es obvia: sin el acompañamiento de unas finanzas públicas sanas, el control de la inflación se perturba y la sostenibilidad del crecimiento, como antesala irremplazable del bienestar bajo condiciones de equidad, termina siendo inviable.

Ahora bien, como reza la Constitución política en el título I, referente a los principios fundamentales, un fin esencial del Estado es la promoción de la prosperidad general.

Ello, traducido a términos macroeconómicos, pasa por propiciar la estabilidad de precios y la sostenibilidad fiscal. Ambas categorías constituyen genuinos e insustituibles cimientos de la prosperidad general.

En cuanto al frente fiscal, a fin de no sacrificar su sostenibilidad, a la autoridad constitucional le cabe la responsabilidad de velar por la naturaleza auténticamente pública de los bienes y servicios provistos por el Estado. Es decir, aquellos de real beneficio común, en contraposición a los que se ferian al son de las mal llamadas protestas sociales y demás presiones de grupos de interés particular, priorizando rigurosamente, ante la crónica escasez de recursos, aquellos que más eficazmente contribuyan al efecto redistributivo del gasto en el mediano y el largo plazo; esto es, a la equidad.

Dentro de este orden de ideas, a la hora de adoptar decisiones judiciales que tengan impacto relevante sobre la economía, su medición y evaluación previas, a la luz de la eficacia redistributiva del gasto público social y de la sostenibilidad fiscal, deberían ser ingredientes centrales de las buenas prácticas en materia constitucional.

Tal precepto se desprende de los principios de la prevalencia del interés general sobre el interés particular y de la supremacía de lo mediato sobre lo inmediato.

Si bien es cierto que el artículo 334 de la Ley 1695 de 2013 establece que "bajo ninguna circunstancia se podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos, restringir su alcance o negar su protección efectiva",[1] lo que resulta evidente es que el fin esencial del Estado ordenado por la Constitución de promover la prosperidad general, sin el mantenimiento del poder adquisitivo de la moneda y sin unas finanzas públicas sanas, sería una vana ilusión.

Permítanme concluir sugiriendo, de la manera más respetuosa ante tan distinguida y autorizada audiencia, la conformación por parte de la Corte de un reducido pero muy selecto grupo de especialistas del más alto nivel académico en las ciencias económicas, con el objeto de apoyarla en su propia y autónoma valoración previa de la eficacia e impacto de sus decisiones judiciales sobre el bienestar económico de la nación. La función de este grupo técnico asesor se circunscribiría única y exclusivamente al fortalecimiento de la Corte, suministrándole elementos de juicio acerca de las implicaciones económicas de ciertas sentencias.

Doctor Guerrero, señoras y señores magistrados, gracias por su generosidad al habernos invitado a este sin par ejercicio de reflexión sobre asuntos del más alto interés nacional.

Muchas gracias.

---

[1] Congreso de la República de Colombia, Ley 1695/13, de 17 de diciembre.

La eficacia y el impacto de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional de Colombia. El caso de la jurisprudencia constitucional tributaria

ELEONORA LOZANO RODRÍGUEZ*

Con ocasión del XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, celebrado en la ciudad de Pasto, en el documento de trabajo previo al evento, se nos realizaron las siguientes preguntas, que a continuación respondo:

1. ¿Deben los jueces estructurar sus decisiones en función del impacto y de los efectos directos o indirectos que pueden tener, o el único eje de reflexión debe ser el contenido y alcance de los derechos de la persona?

   —Para mí, deben ser tenidos en cuenta ambos.

2. ¿El análisis de los efectos de las decisiones judiciales es ajeno al análisis de los derechos?

   —No es ajeno.

3. En caso de que este tipo de preocupación sea admisible [para mí lo es], ¿qué herramientas e instrumentos de análisis pueden ser utilizados por el juez constitucional? ¿Qué marcos teóricos pueden ser utilizados para este propósito? ¿Y cómo se puede incorporar este tipo de reflexiones en el razonamiento judicial?

* Abogada, economista y magíster en Economía de la Universidad de los Andes. Doctora en Derecho de la Universidad de Salamanca. Directora del Doctorado en Derecho y la Maestría en Tributación de la Universidad de los Andes. Profesora asociada de esta misma universidad.

—Resulta fundamental que los jueces realicen interpretaciones pragmático-consecuencialistas y utilicen las herramientas del análisis económico del derecho (AED). En relación con las primeras, y siguiendo a Rodrigo Uprimny y Andrés Villabona Rodríguez (2008),[1] deben involucrar la apreciación del resultado, es decir, el impacto práctico de las decisiones judiciales; obvio con la limitación de la debida defensa y prevalencia de los derechos y principios constitucionales. En cuanto al AED, los conceptos, herramientas e implicaciones económicas son útiles y pueden ser incorporados a la interpretación jurídica.

Antes de disertar sobre la eficacia de la jurisprudencia constitucional tributaria, quisiera distinguir entre los términos *eficacia* y *eficiencia*. La *eficacia*, según el Diccionario de la Real Academia Española, consiste en 'la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera';[2] mientras que la *eficiencia* es 'la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado'.[3] De esa manera, la eficacia va más dirigida al resultado o fin, mientras que la eficiencia tiene que ver con el medio para lograrlo.

Así las cosas, y pensando en el resultado, fin o efecto de la jurisprudencia (eficacia), Mauricio García Villegas[4] distingue entre la eficacia *instrumental* y la *simbólica*. Por la primera entiende la adecuación del derecho frente a los objetivos propuestos, mientras que la segunda se refiere a que en la aplicación del derecho se busca la satisfacción de otros objetivos "no declarados". Podríamos analizar, en ese orden de ideas, si la jurisprudencia tributaria es eficaz instrumental o simbólicamente; tema que resolveremos más adelante.

Por su parte, Richard Posner analiza las metas económicas de los procesos en los capítulos XX y XXI de su obra *El análisis económico del derecho*,[5] planteando que estos deben minimizar la suma de dos tipos de costos: por una parte, aquellos costos de las decisiones judiciales erróneas (eficacia, en mis términos) y, por otra, los costos de operación como tal del sistema procesal (los que entiendo como eficiencia).

Para mitigar los primeros, como veremos, mi propuesta gira en torno al establecimiento de un precedente vinculante "multidimensional", de

---

1 Rodrigo Uprimny y Andrés Villabona Rodríguez, *Interpretación judicial: módulo de autoformación* (Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia - Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Rodrigo Lara Bonilla, 2008).

2 Real Academia de la Lengua Española, "Eficacia", *Diccionario de la lengua española*, http://dle.rae.es/?id=EPQzi07

3 Real Academia de la Lengua Española, "Eficiencia", *Diccionario de la lengua española*, http://dle.rae.es/?id=EPVwpUD

4 Mauricio García Villegas, *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993).

5 Richard Posner, *El análisis económico del derecho* (México: Fondo de Cultura Económica, 2007).

obligatorio seguimiento para todas las ramas del poder público, en general, y para el poder judicial, en particular, el cual debe ser horizontal (para cortes gemelas) y vertical (desde las altas hacia abajo, jerárquicamente). También resulta fundamental la oportunidad de los fallos, la prevalencia de la teoría general del tributo (soportada en las normas constitucionales tributarias) y el seguimiento al efecto de los fallos.

Para minimizar los segundos, también resulta útil, desde mi perspectiva, el precedente en los términos atrás descritos, que, además de otorgar eficacia y eficiencia al funcionamiento judicial brinda certidumbre jurídica, da continuidad al derecho, brinda justicia y proporciona legitimidad al actuar de nuestros jueces. Debe, eso sí, definirse legalmente que si el derecho cambia o los hechos son diametralmente diferentes, puede existir razón suficiente para desviarlo, lo cual deberá quedar motivado en el fallo.[6]

En relación con los precedentes, considera Posner que son "un acervo de bienes de capital; específicamente, un acervo de conocimientos que rinde servicios durante muchos años a disputantes potenciales bajo la forma de información acerca de obligaciones legales".[7] Adicionalmente considera que se deprecian por obsolescencia, dado el "cambio en el ambiente que reduce el valor de los servicios que genera el bien".[8] Para el caso tributario, muchos de ellos pierden valor por el entorno económico y, por ende, regulatorio, tan cambiante (lo que yo denomino *inflación normativa tributaria*).

Por lo último, considera Posner que "los precedentes se deprecian más rápidamente en un campo en el que hay mucha actividad de creación de leyes estatutarias".[9] Asimismo, "el capital legal general se deprecia más lentamente que el capital legal específico, por cuanto más general sea una regla, tanto menos probable es que un cambio técnico o legal la vuelva obsoleta",[10] por lo que, aterrizado al ámbito tributario, es mejor leyes tributarias generales y que regulen tributos con bases amplias y tarifas bajas.

Finalmente, para Posner, "los costos de la promulgación legislativa implican que los estatutos serán a menudo ambiguos. Después de todo, un procedimiento para disminuir el costo del acuerdo consiste en convenir menos: dejar las cuestiones difíciles para la resolución futura de los

---

6 Véase, al respecto, las obras de mi autoría "La necesidad de la consagración constitucional del precedente vinculante para los poderes judicial, ejecutivo y legislativo, a partir del estudio de caso de la jurisprudencia contencioso tributaria", en *El derecho público y los veinte años de la Constitución de 1991*, coordinado por M. Malagón (Bogotá: Universidad de los Andes, 2013), 249-276, y *Justicia tributaria: jurisprudencia tributaria del Consejo de Estado, 2005-2016* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2017).

7 Posner, *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, 836.

8 Ibíd.

9 Ibíd., 837.

10 Ibíd.

tribunales";[11] donde, por esa generalidad, es muy importante el papel de los jueces.

Ya en otros escritos me he referido al marco constitucional que nuestro sistema tributario debe respetar,[12] por lo que aquí no profundizaré en ese aspecto. Lo que sí haré a continuación es exponer cómo lamentablemente varias de las sentencias de la Corte Constitucional en materia tributaria no resultan ser eficaces, por cuanto no tienen la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera en el ordenamiento jurídico; y siguiendo a García Villegas, dicha ineficacia es, además, tanto instrumental como simbólica.

Para su análisis, concretamente haré breve alusión a las siguientes cinco grandes tensiones relativas a la eficacia de la jurisprudencia tributaria constitucional: 1) la potestad tributaria de las entidades territoriales y el principio de legalidad; 2) el IVA a la canasta básica familiar y el mínimo vital; 3) las amnistías tributarias y el principio de equidad; 4) la renta exenta del IMAN y el IMAS y el mínimo vital, y 5) la eficacia de las normas tributarias en el tiempo y el principio de irretroactividad; lo que demuestra que solamente para el caso de la jurisprudencia del IVA a la canasta básica familiar ha resultado eficaz la intervención jurisprudencial. Asimismo, propondré alternativas de solución que minimicen, hacia futuro, los costos de esa ineficacia.

Tensión 1. La potestad tributaria de las entidades territoriales y el principio de legalidad[13]

Indiscutiblemente una de las principales tensiones que ha surgido a partir de las disposiciones constitucionales en materia tributaria consiste en determinar el alcance del principio de legalidad tributaria y de la potestad tributaria de las entidades territoriales.

Algunos consideran, leyendo aisladamente el artículo 338 de la Constitución política, que las entidades territoriales tienen poder tributario *originario*, es decir que ellas mismas pueden, mediante acuerdos y ordenanzas, crear sus propios tributos y definir los elementos de las obligaciones tributarias subyacentes. Otros opinan que el mencionado artículo constitucional

---

11 Ibíd., 840.

12 Por ejemplo, en Eleonora Lozano, "Fundamentos de la tributación colombiana", en *Fundamentos de derecho de los negocios para no abogados* (Bogotá: Ediciones Uniandes y Editorial Temis, 2013), 569-613.

13 Sobre esta tensión, recomiendo la lectura del artículo de mi autoría "Las tensiones transversales del análisis jurisprudencial tributario constitucional y el tributo al alumbrado público", próximo a publicarse por el Instituto Colombiano de Derecho Tributario en su *Observatorio de Jurisprudencia*.

no puede leerse aisladamente, sino armónicamente junto con otros,[14] para concluir que el poder tributario originario lo detenta el Congreso de la República, como órgano de representación popular del orden nacional, y que a los entes subnacionales les es permitido establecer sus tributos, pero de conformidad con la ley, en virtud del poder tributario *derivado* que poseen. Es decir, bajo esta perspectiva la ley deberá crear los tributos y los entes subnacionales deciden a través de sus concejos municipales y asambleas departamentales, y dentro de las pautas legales, si los establecen o no en sus territorios. Finalmente, en un punto intermedio, algunos consideran que la ley puede autorizar a los entes subnacionales para que determinen los elementos de la obligación tributaria dentro de unos límites.

Es así como hemos tenido tanto en sede contencioso-administrativa (Consejo de Estado) como constitucional (Corte Constitucional) interpretaciones *estrictas*, por las cuales se ha resuelto que las autoridades territoriales detentan un poder tributario derivado y el Congreso un poder tributario originario;[15] otras son las interpretaciones *flexibles*, en las cuales las entidades territoriales detentan un poder tributario originario, cuando existe una ley autorizante que lo permita,[16] y, finalmente, interpretaciones *intermedias*, en las cuales solo basta que ley defina el hecho generador, y es posible que ella misma autorice a las autoridades locales para la fijación de los otros elementos de la obligación tributaria.[17]

Para mí, las interpretaciones estrictas suscitan seguridad jurídica, por lo que, en consecuencia, son eficaces; mientras que aquellas flexibles o intermedias conllevan altos costos a la economía, y por lo tanto son ineficaces. La

---

14 Por ejemplo, los artículos 1, 150, 285-288, 300, numeral 4, y 313, numeral 4, de la Constitución política. Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, 6 de julio de 1991.

15 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-517/92 (M. P. Ciro Angarita Barón), Sentencia C-04/93 (M. P. Ciro Angarita Barón), Sentencia C-506/95 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), Sentencia C-346/97 (M. P. Antonio Barrera Carbonell) y Sentencia C-944/03 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra), entre otras. Por parte del Consejo de Estado, Sentencia 15197/06, Sentencia 15388/06, Sentencia 15077/06, Sentencia 16568 /08, Sentencia 15654 /08, Sentencia 15556/07, Sentencia 15374/07, Sentencia 14713/07, Sentencia 15851/07, Sentencia 15906/08, Sentencia 15498/08, Sentencia 16170/08, Sentencia 15360/08, Sentencia 16086/09, Sentencia 16085/09 y Sentencia 16684/09.

16 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-084/95 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), Sentencia C-538/02 (M. P. Jaime Araújo Rentería), Sentencia C-227/02 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), Sentencia C-504/02 (M. P. Jaime Araújo Rentería), Sentencia C-891/12 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt). Para el Consejo de Estado, véase Sentencia 14061/06, Sentencia 16949/11, Sentencia 17723/12, Sentencia 18159/12, Sentencia 18806/12, Sentencia 19371/13, Sentencia 18658/13, Sentencia 20290/14, Sentencia 19353/14, Sentencia 20141/15 y Sentencia 18141/11.

17 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-537/95 (M. P. Hernando Herrera Vergara) y Sentencia C-992/04 (M. P. Humberto Sierra porto). Por su parte, Consejo de Estado, Sentencia 16544/09.

solución que propongo para internalizar estos costos es el establecimiento del precedente judicial multidimensional, como atrás se definió.

Tensión 2. El IVA a la canasta básica familiar y el mínimo vital

Analizadas las sentencias C-776 de 2003 y C-100 de 2014, se concluye que estas conllevan a un balance constitucional eficaz, satisfaciendo además el *mínimo vital*. Este es uno de los pocos casos en los que encuentro que la jurisprudencia tributaria constitucional logra el efecto deseado.

Es así como en la primera sentencia se define que no es posible gravar los bienes de la canasta básica familiar, salvo que se realice un gasto progresivo. En la segunda se declara la exequibilidad de las normas que gravan algunos bienes de primera necesidad, con lo que se deja un amplio grupo de bienes excluidos o exentos y se conforma una canasta suficiente para satisfacer las necesidades básicas. Además de lo anterior, en la última sentencia las medidas van acompañadas de un instrumento de devolución parcial del importe pagado en virtud del impuesto, lo cual contribuye o promueve la bancarización, medio fundamental para alcanzar el principio constitucional de la eficiencia.

Tensiones 3 y 4. Las amnistías tributarias, el principio de equidad, la renta exenta del IMAN y el IMAS y el mínimo vital

Estas dos tensiones las analizo de manera conjunta en la medida en que ambas conducen a ineficacias en lo que respecta a la protección constitucional del mínimo vital y del principio de equidad.

En relación con las amnistías tributarias, y estudiando concretamente las sentencias C-833/12 y C-743/15, por las cuales se declara la inconstitucionalidad *hacia futuro* de las amnistías consagradas en las leyes 1607 de 2012 y 1739 de 2014, considero que el costo económico para el Estado es nulo a corto plazo, pero a mediano y largo plazo resulta *incalculablemente* alto, por cuanto estas amnistías minan la cultura tributaria y, por lo tanto, el cumplimiento tributario.[18]

Además, la más reciente reforma tributaria (Ley 1819/16) incluyó otra amnistía, a pesar del llamado que hizo la Corte al Legislativo en la última sentencia citada de no incluir más amnistías, por vulnerar la equidad e

---

[18] Al respecto, véase Eleonora Lozano Rodríguez y Daniela Tamayo Medina, "Ética y tributación: una primera aproximación", en *Estudios interdisciplinarios de la tributación* (Bogotá: Uniandes y Temis, 2014), 1-77, y Eleonora Lozano Rodríguez y Daniela Tamayo Medina, "Gestión de la ética en la administración tributaria", *Revista de Derecho Privado*, n.º 55 (enero-junio 2016): 1-35.

igualdad tributaria, lo que se traduce en una medida claramente ineficaz, sobre todo en lo simbólico.

Por su parte, la eficacia tampoco sale bien librada con la Sentencia C-492/15, que extiende, para garantizar el principio de equidad tributaria, el 25 % de renta exenta a los métodos de depuración de la renta IMAN e IMAS, pero para los periodos gravables siguientes al del fallo; declarándose de esa manera procedente a partir del año 2016, para no afectar, según la Corte, los principios de planeación, presupuesto y sostenibilidad fiscal de las finanzas del Estado.

Sin embargo, mediante incidente de impacto fiscal, calculado en $335 000 millones, el Gobierno nacional solicita su aplazamiento para la vigencia 2017, a lo cual la Corte accede, mediante Auto 233 del 2016, con el que difiere los efectos hasta el 31 de diciembre de 2016.

Esta discusión fue bastante debatida y los magistrados María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Alberto Rojas Ríos salvaron el voto, al conceptuar que

> el incidente de impacto fiscal es un escenario jurisdiccional que supone decidir en derecho un conflicto entre principios constitucionales. La jurisprudencia pertinente ha señalado que el conflicto no se presenta entre la sostenibilidad fiscal, por una parte, y los principios constitucionales protegidos por el fallo y que están a la base de la cosa juzgada, pues la sostenibilidad fiscal no es un principio sino un instrumento al servicio de los objetivos del Estado Social de Derecho. En esa medida, es solo cuando se demuestra que, por serias alteraciones a la sostenibilidad fiscal, está en peligro cierto, probado y relevante la realización del Estado social de derecho, que procede ponderar si tienen mayor peso estos principios que los que están amparados por la decisión judicial que provoca el incidente. Esto significa que el incidente de impacto fiscal *no puede convertirse en un instrumento para modificar los efectos de los fallos de la Corte únicamente con fundamento en datos o argumentos estrictamente financieros o fiscales, aun cuando estos sean naturalmente relevantes en este contexto, sino que debe mostrarse que con base en esos datos es razonable concluir que el proyecto constitucional es objetivamente inviable*.[19]

En este caso el costo económico para el Estado resultó nulo, por cuanto para la vigencia 2017 entró a regir la Ley 1819 de 2016, que eliminó los mecanismos de depuración de la renta, IMAN e IMAS, al incluir otros a partir de la cedulación de las rentas. Por lo anterior resultan claramente afectados tanto el principio de equidad como el mínimo vital, fundamentos constitucionales que se pretendían proteger.

---

[19] Corte Constitucional de Colombia, Comunicado n.º 23, junio 1º y 2 de 2006, http://bit.ly/2Lcv9kT. Cursivas propias.

Desde una perspectiva crítica, la jurisprudencia tributaria constitucional debe ser *oportuna*, previendo los efectos tanto de mediano como de largo plazo; asimismo debe garantizar los principios constitucionales tributarios.

Tensión 5. La eficacia de las normas tributarias en el tiempo y el principio de irretroactividad

Finalmente, en la Sentencia C-076 de 2012 se discute la publicación, en enero de 2011, de la Ley 1430 de 2010, norma que eliminaba beneficios en el impuesto sobre la renta. La Corte, en una extraña interpretación y desconociendo la prevalencia de las normas constitucionales tributarias relativas a la eficacia de las leyes tributarias en el tiempo (en especial, el principio de irretroactividad tributaria), da aplicación al principio *in dubio pro legislatore*, que implica que "ante la duda razonable sobre la legalidad y transparencia de la operación administrativa que dio lugar a la publicación se debe optar por la opción que más beneficia al mantenimiento del orden jurídico vigente".[20]

Con el anterior fallo, la Corte salvaguarda las finanzas públicas en 6,8 billones de pesos, cifra que correspondía al costo de continuar con la vigencia de estos beneficios. Pese a lo anterior, el derecho tributario constitucional no puede desconocerse, so pena de no generar ningún gasto fiscal al Gobierno.

A manera de síntesis, en la figura 1 se resumen las anteriores cinco grandes tensiones, de manera que se demuestra que tan solo en uno de los casos la Corte resulta eficaz (en el del IVA a la canasta básica familiar), y se propone para aquellas tensiones ineficaces recomendaciones hacia futuro que giran en torno al establecimiento del precedente judicial multidimensional, a la revisión de la oportunidad de los fallos y, finalmente, a la prevalencia de las normas constitucionales tributarias para garantizar la teoría general del tributo.

---

[20] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-076/12 (M. P. Humberto Sierra Porto).

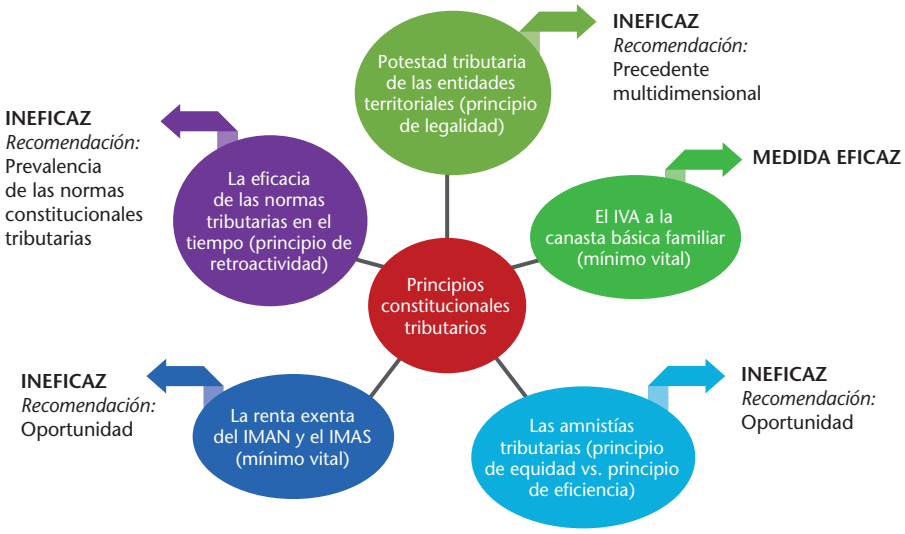

Figura 1. Cinco grandes tensiones relativas a la eficacia y eficiencia de la jurisprudencia tributaria y constitucional

Fuente: elaboración propia.

¿La intervención judicial de la economía es compatible con el mercado y la democracia?

GUILLERMO ALFONSO SÁNCHEZ LUQUE*

In memoriam profesor Bernardo Gaitán Quijano

Introducción[1]

Un rasgo distintivo de este cuarto de siglo de vigencia de la Constitución de 1991 ha sido la denominada "constitucionalización" del derecho. Un fenómeno positivo para muchos: la Constitución —ese texto antes lejano y distante— se ha acercado a la gente del común; los distintos ramos del derecho se han "impregnado" de los principios y valores de un constitucionalismo garantista; los preceptos constitucionales, especialmente los referidos a derechos de contenido económico y social, antes programáticos, han pasado a ser disposiciones exigibles gracias a la labor judicial.

* Profesor de Derecho Constitucional del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y de la Pontificia Universidad Javeriana. Docente del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Ha sido titular del curso de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente es magistrado del Consejo de Estado.

1 Este artículo está basado en la conferencia que dicté en el marco del XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Balance a Veinticinco Años de Jurisprudencia, en Pasto (Nariño, Colombia), el 28 de septiembre de 2017. Agradezco muy especialmente a mis colegas Ángela Rueda, Juan Felipe Baene, Perla Molina, Andrea López, María Alexandra Ortiz y Max Rodríguez, por su colaboración en la consulta y organización de algunas de las fuentes bibliográficas; lo mismo que a Margarita Forero, Carolina Moyano, Fabricio Mantilla, Miguel Polo y Santiago García, por sus valiosos comentarios.

En fin, se dice que estamos ante un "nuevo derecho",[2] que ha sabido "privilegiar" la parte dogmática de la Constitución (principios, valores y derechos) sobre una concepción "formalista" y "decimonónica", anclada en una perspectiva meramente "orgánica". En resumen: de una eficacia apenas simbólica del derecho se ha pasado a una eficacia real y tangible.

Una mirada distinta de estos veinticinco años revela otro panorama: hay una exagerada invocación de la Constitución en todo tipo de controversia, jurídica o no. La ley ha venido perdiendo su fuerza reguladora de la convivencia social y, en contrapartida, la Constitución también está dejando su contenido de regla suprema del ordenamiento. ¡Cuando todo es constitucional, nada es constitucional!

Quizás más que una constitucionalización del derecho, lo que en realidad se ha dado es una "judicialización" de la convivencia. Al tradicional reglamentarismo constitucional insulso que ha signado estos dos siglos de vida republicana (constituciones exhaustivas, agotadoras, casuistas, detalladas…), se ha añadido un fenómeno más complejo: todo asunto, sin importar su naturaleza, puede hoy en día llegar a ser ventilado ante los jueces.

De esta judicialización de la vida social no ha sido ajeno el ámbito económico. Un asunto que aunque cuenta con una regulación muy completa, y articulada en la carta de 1991,[3] en la denominada *constitución*

---

[2] Para Marco Aurelio, todo es desde siempre del mismo género, que se atiene a ciclos, sin que haya diferencia entre sí, de modo que, en cien o en doscientos años o en un tiempo por determinar, se verá de nuevo lo mismo. Fabricio Mantilla, prólogo a *Estudios sobre contratos y obligaciones*, de Hernán Corral Talciani (Bogotá: Ibáñez, 2016).

[3] Son muchos los asuntos que son tratados con cierto grado de detalle por la Constitución política en materia económica. Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, 6 de julio de 1991. El papel determinante del Estado aparece en temas como los tributos (arts. 95-9, 150-12, 154, 215, 294, 287-3, 300-3, 313-4, 362, 363); la distribución de competencias y recursos, el sistema general de participaciones y el régimen de regalías (arts. 287-4, 356 a 364); las limitaciones al derecho a la propiedad: reserva estatal del subsuelo (art. 332), declaración de extinción de dominio (art. 34), la ocupación temporal en casos de guerra (art. 59), las condiciones especiales de enajenación de bienes inmuebles con el fin de preservar el patrimonio cultural de San Andrés (art. 310), la reglamentación de los usos del suelo (art. 313-7), el establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos (art. 336) y la expropiación (art. 58). También están las leyes "programa" de planeación económica, una aplicación de la racionalidad a la actividad económica que se descompone en programas sectoriales, proyectos y unidades de obra (arts. 150-3, 151, 154, 200-3 y 339-344); las leyes de facultades extraordinarias (150-10); los estados de excepción, en especial el de emergencia económica (art. 215), y la técnica de leyes marco, generales o cuadro, que regulan el ejercicio de competencias económicas del Gobierno, y al hacerlo fijan directrices, principios, orientaciones en el sentido de una política en materias tan determinantes como la deuda pública, el comercio exterior, la relación entre la moneda nacional y las divisas, el régimen aduanero, la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales, las actividades financiera, bursátil y aseguradora y otras relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados por

económica,[4] tiene un desarrollo distinto en múltiples decisiones judiciales. Asistimos a una suerte de constitucionalismo judicial paralelo, que ha diseñado un marco jurídico diferente al adoptado por el constituyente. El afán de materializar los fines del Estado ha relegado a un segundo plano la función fundamental de toda constitución: el reparto básico del poder; el ser esa competencia de las competencias.

Sin haber superado el fetichismo legalista (la ley como panacea), ni el fetichismo constitucional (la Constitución como remedio para todos los males), la vía que parece imponerse ahora es una suerte de fetichismo jurisprudencial (las decisiones judiciales como respuesta a problemas estructurales y mecanismo de transformación de la sociedad). Una justicia que en aras de lograr la materialización de los cometidos sociales del Estado puede arrogarse competencias que no posee, pues la parte orgánica debe ceder a los enunciados dogmáticos.

La Constitución, como código que es de los asuntos fundamentales del ordenamiento jurídico —esto es, de los que sirven justamente de cimiento o fundamento al Estado—, debe ser considerada en su conjunto, pues cada título, cada capítulo y cada artículo que la componen no pueden ser aplicados ni interpretados aislada o insularmente.

Cada una de las partes del texto constitucional hace parte de un todo y, por ello, debe buscarse la correspondencia y armonía entre ellas. Un estudio compartimentado de la Constitución, donde unas partes —arbitrariamente definidas caso por caso— valen más que otras, no solo constituye

---

el público. Asimismo, están las funciones de inspección, vigilancia y control (arts. 15, 150-8, 189-22, 189-24, 189-26; 372 *in fine*; 333 inc. 3.º, 370, etc.); el régimen monetario (arts. 150-13, 150-22, 371 a 373); la función pública autónoma de control fiscal (arts. 117, 119, 267 a 274); la constitución ecológica (arts. 8, 58, 79, 82, 95-8, 313-7); las reglas generales de contratación pública (art. 90, 150-9, 150-14, 150 *in fine* y 189-23, 211, 266, 295, 300-9, 313-3, 352); la prohibición de decretar auxilios (arts. 136-4 y 355), y la regulación económica que emana de las autoridades administrativas (370, 371). Los derechos de contenido económico y social son el capítulo central del constitucionalismo social estrechamente vinculados al mandato dinámico de igualdad del artículo 13 de la Constitución política: derecho a la asistencia pública (arts. 44, 46 y 47), el derecho a la seguridad social (art. 48), el derecho a la salud (arts. 49 y 50), el derecho a la vivienda digna (art. 51), el derecho a la recreación (art. 52), entre otros. Hay otros derechos con contenido económico: *habeas data* (art. 15); reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 14); el derecho al reconocimiento a la dignidad humana; el derecho a la libre expresión y difusión de pensamientos (art. 20); el derecho al trabajo en condiciones justas (art. 25), básico en todo proceso productivo; el derecho que lo complementa: la libertad de escoger profesión y oficio (art. 26); el derecho a la formación, ejercicio y control del poder político (arts. 40 y 103 y ss.), y la vigilancia de la gestión pública (art. 270). Asuntos todos en que en su definición cumple un papel determinante el legislador, dentro de un amplio margen de apreciación, como lo ha señalado la Corte Constitucional.

[4] Véase Allan Brewer Carias, "Reflexiones sobre la constitución económica", en VV. AA., *Estudios sobre la Constitución española* (Madrid: Civitas, 1991), 3840 y ss.; Martín Bassols Coma, *Constitución y sistema económico* (Madrid: Tecnos, 1988), y Gaspar Ariño Ortiz *et al*., *Principios de derecho público económico* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003).

una lectura incompleta, sino que puede convertirse en un camino hacia una peligrosa y antidemocrática concentración de funciones.

La aplicación de la teoría económica en la explicación del derecho —que es el rasgo definitorio del *análisis económico del derecho* (AED)— no es realmente una novedad en el ámbito de la cultura jurídica occidental, como algunos afirman. Este texto no pretende interpretar económicamente el derecho, ni subrayar que el sistema jurídico debe tener como fin la eficiencia económica, como plantea la doctrina clásica de *law and economics*.[5] Tampoco nos proponemos ver al derecho como un objeto de estudio desde el punto de vista económico. Acá no analizaremos las normas desde los presupuestos de la teoría económica. La originalidad, según Gaudí, es volver al origen; la originalidad de este documento será regresar a la siempre estrecha relación entre economía y derecho.

Como advierte Carnelutti, la propiedad es un fenómeno económico antes que jurídico. No en vano se trata de palabras que tienen una base próxima: *economía* viene del griego *oikos*, que quiere decir 'casa', y *dominio* viene del latín *dominium*, que a su vez viene de *domus*, que también quiere decir 'casa'. Y el hecho económico es aquel en virtud del cual alguien, cuando ha tomado algo que le sirve para satisfacer una necesidad, quiere retenerlo para sí. Y el contrato, como la propiedad, es un fenómeno económico antes que jurídico: es la expresión de un equilibrio logrado por las fuerzas contrarias de los combatientes.[6]

La economía antecede al derecho y no al revés. Y respecto de aquella, el derecho es apenas un instrumento. Por eso, más que relecturas del derecho desde categorías económicas, hay que estudiar la economía y sus difíciles relaciones con el derecho. Habría que reformular esa disciplina tan de moda para hablar de un *análisis jurídico de la economía*: de la aplicación de la teoría jurídica en el ámbito de la economía. No deberían sorprendernos las estrechas y, a la vez, difíciles relaciones entre derecho y economía.

Con la perspectiva sentada, el texto pretende presentar esa dualidad de constituciones en materia económica: la diseñada por el constituyente de 1991 y la que se ha venido perfilando de manera paralela, a partir de decisiones judiciales. La primera parte de este texto se dedicará a presentar el papel determinante que la Constitución ha asignado al binomio legislador-administración, por una parte, en la definición y, por otra, en los presupuestos para poderlas llevar a cabo. En la segunda, se estudiarán

---

5 Véase Richard Posner, *Economic analysis of law* (Boston y Toronto: Little Brown and Company, 1973).

6 Francesco Carnelutti, *Cómo nace el derecho* (Bogotá: Temis, 2000), 9-12.

esas nuevas funciones que se ha autoasignado el juez en la economía, en el diseño y control de políticas públicas y en la asignación de gasto público.

Economía y ley en el Estado social de derecho

Si los actos económicos tienen por objeto satisfacer las necesidades materiales de las personas, habrá que reconocer que economía y derecho son dos hermanos que van de la mano. Pero la hermana mayor es sin duda la economía. Primero está la necesidad y luego el medio jurídico para satisfacerla: a las "leyes naturales" del mercado (oferta y demanda) les dará forma el contrato, sin duda una de las instituciones más importantes del derecho.

La participación en la actividad económica se rige por sus propias "leyes", por ejemplo, la ley de los rendimientos marginales decrecientes, la ley de costos decrecientes, las leyes primera y segunda de Gossen (utilidad decreciente); en fin, las "leyes naturales" de la demanda y, de su contrapartida, la oferta. Esa mano invisible que, según Smith, es la interacción del interés individual y la competencia.

Pero la economía en nuestro país, según la Constitución, no solo se rige por las leyes del mercado, sino también por el derecho objetivo que emana de la soberanía del Estado. Y la regla fundamental que adoptó el constituyente se puede sintetizar así: solo por excepción puede la ley delimitar el alcance de la libertad económica, como pasa a verse.

Intervención de la economía y la ley en el Estado social de derecho

La economía es el estudio de las actividades que, con dinero o sin él, implican transacciones de intercambio entre las personas, por ello estudia cómo el hombre y la sociedad emplean los recursos escasos, que pueden ser usados alternativamente, para producir diferentes bienes y distribuirlos para el consumo presente y futuro entre distintas personas o grupos sociales, y analiza los costos y beneficios de perfeccionar los modelos de aplicación de recursos.[7]

Si la economía es el estudio de la manera como las personas y la sociedad terminan por elegir el empleo de recursos productivos escasos,[8] economía y libertad, en democracia, van de la mano. En efecto, la libertad económica, conocida en el siglo XIX como libertad de comercio e industria,[9] uno de los elementos definidores del régimen económico

---

7 Paul A. Samuelson, *Economía* (México: McGraw-Hill, 1984), 2.

8 Ibíd.

9 Sebastián Martín Retortillo, *Derecho administrativo económico I* (Madrid: La Ley, 1988), 128.

previsto en nuestra Constitución, tiene múltiples manifestaciones:[10] la libertad de empresa (fundamento de la actividad particular), la libertad de competencia (derecho a participar en la actividad económica sin ser discriminado) y los derechos de los consumidores.

La libertad, entendida como la plenitud de hacer cada cual su antojo —recordaba el rector Fernando Hinestrosa—, jamás ha existido, y tampoco es concebible una libertad completa, entendida como un poder blanco, que solamente se vería limitado por el aparecimiento del derecho ajeno, aserto para cuya demostración habría que comenzar recordando que el negocio jurídico es una figura social, cuya administración y empleo, igual que su exposición doctrinaria, parten —y tienen que hacerlo— de la experiencia, que se inicia con la presencia de un código cultural común y de una prudencia y providencia grandes de las gentes.[11]

Si rastreamos sus orígenes y despojamos la materia de las especulaciones ideológicas, un importante antecedente de la intervención del Estado en la economía lo encontramos en el derecho romano, cuando se comenzó a codificar las decisiones de los pretores,[12] para darle así seguridad jurídica a las relaciones económicas.

Por eso podríamos decir que muchas reglas del Código Civil (CC) —tributarias del derecho romano—, en tanto normas jurídicas, comenzando por la que dota de fuerza vinculante al contrato (*lex contractus* o *lex inter partes*),[13] son de alguna manera disposiciones que intervienen la economía. En efecto, conforme a la teoría normativa del contrato, este —como la ley— es fuente de derecho objetivo, al facultar a los particulares a crear reglas para regir sus intercambios económicos. Y el código entra en juego bien con un marcado acento supletivo, ya por la vía de normas de orden público.[14]

Pero hay más. Entre nosotros, durante el régimen colonial, la metrópoli intervenía totalmente la economía de sus colonias desde la Casa de

---

10 André de Laubadère, *Droit public économique* (París: Dalloz, 1979), 192.

11 Fernando Hinestrosa, "Función, límites y cargas de la autonomía privada", en *Estudios de derecho privado: homenaje al Externado en su centenario* (Bogotá: Universidad Externado, 1986), 12 y ss.

12 Proceso que bien podría decirse que comenzó con Adriano, quien comisionó al jurista Salvio Juliano dar una redacción definitiva a las reglas y procedimientos edictales de los tiempos anteriores. Cumplida la obra codificadora, conocida con el nombre de edicto perpetuo (*edictum perpetuum*), se pone fin al laboreo secular del pretor. Juan Iglesias, *Derecho romano: historia e instituciones* (Barcelona: Ariel, 1993), 33. Dicha revisión tuvo como efecto el acabar con la función creadora de nuevo derecho que hasta entonces tuvo el edicto como fuente de derecho, puesto que quedó permanentemente fijado. Eduardo Álvarez Correa, *Curso de derecho romano* (Bogotá: Pluma Universitaria, 1979), 99.

13 Congreso de los Estados Unidos de Colombia, Ley 84/1873, Código Civil de los Estados Unidos de Colombia, artículo 1602.

14 "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres". Código Civil Colombiano, *op. cit.*, artículo 16.

Contratación de Sevilla.[15] No había libertad de mercado y solo se podía comerciar con España. Después, a mediados del siglo XIX, el Olimpo Radical —dentro del proceso de "descolonización"— desmanteló el sistema económico y fiscal colonial e introdujo el librecambismo, al que se opondrán las sociedades democráticas (de artesanos).

De alguna manera, el "silencio" de la Constitución de 1886 en materia económica configuraba una genuina "constitución económica", esta sí claramente neutra, que defería al legislador la definición del papel del Estado en estas materias. La legislación —civil, mercantil y laboral, por ejemplo— gozaba de una verdadera libertad de configuración, que hoy no permiten los textos reglamentaristas de la Constitución. Una indefinición constitucional genuina, que permitía al legislador —dotado de más flexibilidad— adoptar las disposiciones respectivas.

Ahora, como ya se indicó, la autonomía negocial no ha sido libérrima. Las partes no pueden a su antojo pactar lo que quieran. Los artículos 6, 16, 1519 y 1523 del Código Civil sancionan, nada menos que con objeto ilícito, todo pacto contrario a derecho. Regla retomada por los artículos 104, 105 y 899 del Código de Comercio. Igual sucede con la libertad de asociación,[16] que, como toda libertad, no es absoluta, y su ejercicio debe encauzarse dentro del marco constitucional y legal, como ya lo destacaba el juez constitucional en vigencia de la Constitución de 1886.[17]

Sin embargo, para muchos será Keynes, padre de la teoría macroeconómica, quien concibió el intervencionismo estatal al afirmar que si la economía capitalista es obra de humanos, también puede ser controlada por estos, siempre y cuando se conozcan las relaciones causales y asociativas que existan entre sus variables más importantes: si el Estado tiene los tres monopolios más determinantes (impuestos, gasto público e impresión del dinero), debe intervenir la economía buscando un fin social: invertir.[18]

Así el *Welfare State* —hijo del *New Deal*—, de la mano de Keynes, surgió de la crisis de los años treinta del siglo XX, la cual puso en entredicho al capitalismo. Al convertir al Estado en motor regulador de los desequilibrios económicos, se perfiló una particular forma de intervención económica.[19]

---

15 "La Real Hacienda chupa, literalmente, la sangre de la economía americana". Enrique Caballero Escovar, *Historia económica de Colombia* (Bogotá: Oveja Negra, 1986), 53.

16 Véase Naciones Unidas, *Declaración universal de derechos humanos* (s. l.: Autor: 2015), artículo 20; Organización de los Estados Americanos, *Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José)* (7-22 de noviembre de 1969), artículo 16, y Naciones Unidas, *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (16 de diciembre de 1966), artículo 22.

17 Corte Suprema de Justicia, sentencias 338775, de 17 de febrero y 16 de junio de 1976 (M. P. Eustorgio Sarria).

18 John Maynard Keynes, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero* (México: Fondo de Cultura Económica, 1965).

19 John Maynard Keynes, *The end of Laissez-faire* (La Vergne, TN, USA: BN Publishing, 2009).

Otros estiman que apareció unos años atrás. Hace un siglo, en 1918, en toda Europa despierta una tendencia a buscar la intervención del Estado —con teorías con fuerte componente jurídico, como la de los servicios públicos—, y se dijo que el Estado debía entrar (intervenir) en la economía, regular la propiedad privada y socializar los medios de producción.

El Estado del bienestar —cuyo origen algunos remontan a la Sociedad Fabiana— busca a toda costa la igualdad social y económica. De la mano de Cole, Laski y Lindsay, el laborista Atlee impuso el Estado del bienestar en Inglaterra —después de la Segunda Guerra Mundial— a través de la nacionalización de las empresas, mediante la expropiación. Entre nosotros, el populismo latinoamericano de corte peronista pregonó también un intervencionismo de Estado. No faltan los que lo remontan a Bismark.

Cualquiera sea su génesis, lo cierto es que si el Estado es lo que hace, en el modelo social el Estado debe ejercer una acción constante a través de la legislación y de la administración que realice la idea social del derecho:[20] un salto a un Estado del bienestar, esto es, predominantemente administrativo o de prestaciones o quizás, o como dice García Pelayo, un Estado *manager*.[21] En otros términos, supone agregar un componente social adicionado al Estado de derecho, y como tal lo hace responsable de un programa de transformaciones económicas y sociales.

Ahora, salvo Forsthoff[22] —quien afirma que Estado de derecho y Estado social de derecho son ideas antitéticas que no se pueden hermanar—, la doctrina dominante estima que el Estado social no deja de ser de derecho. Para autores como Abendroth,[23] Doehring,[24] Bachof,[25] García Pelayo[26] y Pérez Luño,[27] la cláusula Estado social de derecho no renuncia a las garantías jurídico formales del Estado de derecho (particularmente la división de poderes y el principio de legalidad),[28] ni tampoco a sus garantías materiales

---

20 Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (Madrid: Alianza Universidad, 1995), 56.

21 Ibíd., 36.

22 Ernst Forsthoff, "Concepto y esencia del Estado social de derecho", en VV. AA., *El Estado social* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986), 69 y ss.

23 Wolfgang Abendroth, "El Estado de derecho democrático y social como proyecto político", en VV. AA., *El Estado social* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986), 9 y ss.

24 Karl Doehring, "Estado social, Estado de derecho y orden democrático", en VV. AA., *El Estado social* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986), 9 y ss.

25 Otto Bachof, *Jueces y constitución* (Madrid: Civitas, 1987), 42-43.

26 García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, *op. cit.*, 17.

27 Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución* (Madrid: Tecnos, 1995), 212 y ss.

28 El propio Heller, en su clásico texto "¿Estado de derecho o dictadura?", aseguró que sin las seguridades propias del Estado de derecho contra detenciones y condenas arbitrarias por parte de jueces dependientes de un dictador, sin el principio de la legalidad de la administración, la burguesía no puede espiritual ni económicamente vivir. Hermann Heller, *Escritos políticos*

(la ley como expresión de la voluntad general, principio democrático, y la reserva de ley como principal garantía de la libertad).

La fórmula Estado social no renuncia, pues, al Estado de derecho, tan solo le da a este un contenido económico y social.[29] El Estado social de derecho no solo no niega los valores básicos del Estado democrático liberal, sino que pretende hacerlos más efectivos, dándoles una base y un contenido material,[30] lo que incluye el deber de asistencia social (vía subsidios, por ejemplo). En definitiva no son dos conceptos contradictorios, sino dos dimensiones o momentos del Estado de derecho.[31]

Entre nosotros, las reformas constitucionales de 1936,[32] de 1945[33] y de 1968[34] introdujeron el constitucionalismo social y la intervención del

---

(Madrid: Alianza Universidad, 1985), 299. Zagrebelsky, a pesar de plantear una clara reivindicación de un derecho construido a partir de principios y valores, concluyó que si el derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (Madrid: Trotta, 2002), 153.

29 García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, *op. cit.*, 17.

30 Ibíd., 26.

31 Ibíd., 54.

32 Fuertemente influida por la Constitución de Weimar, la Constitución española de 1931, la centenaria Constitución de Querétaro de 1917 y, claro está, el solidarismo de Léon Duguit, dispuso que el Estado podía intervenir por medio de leyes en la explotación de las industrias y empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de la riquezas o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. Un papel determinante tuvo el maestro Echandía, quien en el proceso de discusión dijo que una cosa es echar discursos y otra es decir en dos palabras, expresar un precepto, hacer una prohibición o dar una orden, que sí van a aumentar los poderes del Estado frente al individuo; mucho más que todos esos discursos sobre protección al trabajo vale un artículo muy corto presentado por el Gobierno que dice que el Estado podrá intervenir en la economía privada. Álvaro Tirado Mejía y Magdala Velásquez, *La reforma constitucional de 1936* (Bogotá: Oveja Negra, 1982), 19.

33 Esta importante reforma llevada a cabo en la segunda administración de López Pumarejo, para muchos el complemento práctico de la de 1936, dispuso que solamente mediante planes y programas previamente aprobados por la ley preexistente puede el Congreso decretar las obras que hayan de emprenderse o continuarse y fomentar la economía nacional y las empresas útiles o benéficas. En el informe de comisión para segundo debate de ese acto reformatorio se revela que se buscó permitir la acción del Gobierno en materia de intervención, pues hasta entonces solo podía llevarse por medio de leyes, como lo determinó la Corte Suprema de Justicia, lo cual a juicio de sus autores no es posible, ya que el legislador no puede fijar todos los pormenores de todas las complejas regulaciones jurídicas que requiere un acto cualquiera de intervención en la vida económica. De ahí la fórmula "por mandato de la ley", de modo que el legislador únicamente consignará los lineamientos generales de la intervención y al Ejecutivo corresponderán las reglamentaciones indispensables para hacerlas operar debidamente. *Anales de la Cámara de Representantes* (22 de noviembre de 1944), n.° 20, 217.

34 Fortaleció a la rama ejecutiva en materia económica y dispuso una planificación técnica que subordinaba toda la actuación estatal, tanto en el orden nacional como territorial. Como advierte el profesor Vidal Perdomo, si bien la planeación había sido instalada en nuestras instituciones por la reforma de 1936, la de 1945 lo complementó hablando de planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, no se convirtieron en leyes las iniciativas de planeación, como el plan decenal de desarrollo del gobierno de Alberto Lleras. Por ello, esta

Estado en la economía. La Constitución de 1991 al adoptar un esquema de economía social de mercado erigió a la libertad económica como uno de sus pilares, pero al mismo tiempo previó un esquema intervencionista no solo para garantizar a los distintos agentes económicos el acceso al mercado, sino también para proteger a la colectividad de los excesos en que podría caer el sistema económico, dada la asimetría real de las relaciones. Y en ese papel correctivo cumple un papel determinante la ley.

En efecto, en el Estado social de derecho la ley, a más de cumplir el rol tradicional de reguladora de la vida social como exteriorización del principio democrático (y por ello manda, prohíbe, permite o castiga, como señala el artículo 4.º del Código Civil), se ocupa también de la formulación de políticas públicas, aunque por razones de orden técnico cumple un papel determinante el Gobierno y, por ello, la legislación material toma muchas veces forma de decretos y leyes marco y la mayor parte de los proyectos de ley en estos temas son de iniciativa privativa del Gobierno.[35]

Si el mercado es la fuerza implícita que hace mover la economía, desde el punto de vista jurídico es libertad. El sistema económico en democracia exige libertad de empresa, que convive con la competencia. Y son varios derechos de libertad los que están en juego en las relaciones económicas. En primer lugar, el derecho de libre asociación,[36] especialmente en su faceta positiva, esto es la atribución o facultad de fundar, integrar, desarrollar o disolver voluntariamente distintas formas asociativas con el objeto de alcanzar un propósito definido (entre los múltiples posibles está el económico);[37] en su faceta negativa implica que nadie pueda ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada.

La libertad de empresa integra, a su vez, varias "sublibertades":[38] la libertad de inversión, esto es, el derecho a establecerse o instalarse dentro de los límites del bien común;[39] la libertad de organización o creación de empresas, esto es, la facultad de ejercer o explotar la actividad económica respectiva, de "emprender" actividades económicas en el sentido de libre

---

reforma de 1968 dispuso con claridad que la fijación de los planes y programas se dejara a la competencia del legislador. Jaime Vidal Perdomo, *Historia de reforma constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos* (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2009), 262 y ss.

35 García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, *op. cit.*, 39; Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, *op. cit.*, artículo 154; Congreso de la República de Colombia, Ley 5/92, de 17 de junio.

36 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, *op. cit.*, artículo 38.

37 Ya previsto en Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo n.º 1/1936, de 5 de agosto, artículo 20 (art. 44 CN, de 1886); en el Código Civil Colombiano, *op. cit.*, artículos 633 y ss., y en la Ley 153/1887, artículo 27.

38 Oscar de Juan Asenjo, *La Constitución económica española* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984), 154.

39 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, *op. cit.*, artículo 333.

fundación de empresas; libertad de acceso al mercado[40] o libertad de entrada, y la libertad de contratación o libertad negocial, que supone la facultad de elegir proveedores y clientes.

Un mercado en libre competencia exige la protección constitucional de la libertad económica, que beneficia tanto a los agentes económicos —en tanto no debe haber obstáculos entre competidores en el ejercicio de una actividad lícita— como a los consumidores, principales beneficiarios de la competencia.[41] Un mercado que no solo debe mirarse en el contexto nacional o interno, sino que también debe hacerse en el contexto internacional, porque el Estado debe promover la internacionalización de la economía[42] y la integración económica con los demás países latinoamericanos.[43]

Sin embargo, la razón de ser del mercado no es su existencia misma, sino que debe ser un mecanismo orientado a la asignación eficiente de bienes y servicios necesarios para todos los habitantes del territorio nacional. De tal manera que el ejercicio de esas libertades, conforme a nuestra Constitución, impone una intervención eficaz del Estado. Pero, como en democracia, las decisiones económicas esenciales de la sociedad y del individuo no pueden ser adoptadas por una autoridad central (como ocurría en la antigua Unión Soviética), sino que el sistema de mercado lo hace. De ahí que la Constitución sea muy cautelosa para evitar que el Estado se convierta en un obstáculo y no en un facilitador del mercado.

Con esta perspectiva, la Constitución limita la libertad económica y por ello la somete al bien común; le impone una función social a la empresa; le atribuye responsabilidad en el ejercicio de la libre competencia; ordena que la ley delimite su alcance cuando así lo exija el interés social[44] y manda que el Estado intervenga para racionalizar la economía, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y, de manera especial, para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.[45]

Debido a las externalidades propias del mercado, la Constitución prevé un papel directivo del Estado en la economía, que se expresa tradicionalmente en las funciones de policía administrativa: las funciones de regulación (fundamentalmente en cabeza de las comisiones de regulación)

---

40 Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, *op. cit.*

41 Véase Asamblea Nacional Constituyente, "Informe de ponencia sobre el régimen económico, libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del Estado" (ponentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero), *Gaceta Constitucional*, n.º 46 (15 de abril de 1991): 7 y ss.

42 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, *op. cit.*, artículo 226.

43 Ibíd., artículo 27.

44 Ibíd., artículo 333.

45 Ibíd., artículos 334 y 366.

así como de inspección, vigilancia y control (usualmente en cabeza de las superintendencias).

Las funciones de policía administrativa corresponden a un rol de un Estado vigilante de las actividades económicas con el objeto de verificar su sujeción al ordenamiento jurídico. Función represiva, sancionatoria y correctiva, que busca reprimir acciones u omisiones antijurídicas de los vigilados. El derecho correccional, que se exterioriza en facultades de inspección, vigilancia y control, es una manifestación del poder de intervención del Estado para la racionalización de la economía.[46]

Pero la tarea del Estado no se limita a ello, sino que impone también la asunción de roles más directos de intervención, como son los propios del Estado social de derecho de imponer unilateralmente decisiones de orden económico a los agentes del mercado. Entre los múltiples mecanismos: monopolios estatales, colectivización de los bienes de producción, asociarse con los particulares para conjuntamente adelantar una actividad económica, establecer los precios o afectar las variables económicas (algo que, por supuesto, rompe la libre competencia), entre otras modalidades posibles. Y también desde su finalidad se pueden presentar distintos tipos de intervención, de finalidades puramente fiscales, de políticas y salarios, etc.

En muchos sectores de la economía asegurar un mercado en competencia no basta para garantizar los ambiciosos fines constitucionales que se traza el Estado social de derecho. La intervención del Estado, por instrumentos distintos de los tradicionales de policía administrativa, impone un papel más activo. Intervención económica que se hace a través de distintos mecanismos autorizados por la ley, como la destinación del gasto público a un sector, por ejemplo, mediante el otorgamiento de subsidios a la oferta —inversiones que no se trasladen a la tarifa— o a la demanda —con recursos públicos se ayuda a pagar los consumos—, la imposición de tributos y el aprovechamiento de las economías de escala, entre otros.

Como derecho de todos,[47] la libertad económica tiene no solo la habitual garantía de la reserva de ley, sino también de una tipología especial: la de intervención económica, con rasgos muy peculiares, que se explican en una férrea defensa de la libertad.

Tipología legislativa que impone una regulación detallada de las atribuciones de intervención estatal para promover la libre competencia, impedir prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado, regular situaciones de monopolio natural y asegurar los derechos de los usuarios. Y por lo mismo, al tratarse de leyes

---

46 Ricardo Rivero Ortega, *El Estado vigilante* (Madrid: Tecnos, 2000).

47 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, *op. cit.*, artículos 88 y 333.

de intervención económica, según lo ordena el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución nacional, en armonía con el artículo 334, deben precisar los fines, alcances y los límites a la libertad económica.

Así, por ejemplo, en el ámbito de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, los instrumentos de intervención estatal, conforme al artículo 3.º de la Ley 142 de 1994, son definidos como todas las funciones y atribuciones asignadas a las autoridades de que trata esa ley, en especial las relativas a las siguientes materias: la regulación; la inspección, vigilancia y control; el otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos; la promoción y apoyo a las personas que presten los servicios públicos; la organización de sistemas de información; la protección de los recursos naturales; el estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos; el respeto al principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios y la gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios.[48]

Estos instrumentos son concebidos, como lo ordena el artículo 150-21 de la Constitución nacional, para el logro de los fines constitucionales y legales, entre ellos se destaca la atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.[49] Y por ello el legislador presta especial cuidado a la asignación de recursos con los que se pretende brindar las condiciones que permitan una igualdad real y efectiva en el acceso a estos servicios. Disposiciones que están en consonancia con el mandato dinámico del artículo 13 de la Constitución política, esto es, el logro de una igualdad material a través de la materialización del modelo social de economía de mercado. Intervención que ordena la Constitución, pero que, según ella, se hace por mandato de la ley y se concreta por la administración.

Ahora, la *solidaridad tarifaria*[50] debe ser expresada a través de una política pública que solo atañe definir al legislador. Y por ello, la concesión de subsidios a los usuarios de menores ingresos, como instrumento de intervención estatal en el mercado, según el numeral 21 del artículo 150

---

48 Algunos, por el contrario, tienen un concepto más restringido de intervención económica estatal y sostienen que intervenir implica exclusivamente el desarrollo de la actividad económica, como sería el caso de la toma de posesión de instituciones financieras. *Intervenir*, literalmente, significa 'venir entre', de modo que se asimilaría al Estado gestor.

49 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, *op. cit.*, artículo 366, inciso 2.º; Congreso de la República de Colombia, Ley 142/94, de 11 de julio, artículo 2.2.

50 Véase Guillermo Sánchez Luque, "Los deberes de la solidaridad en el modelo tarifario de los servicios públicos domiciliarios", *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 19 (2004): 41 y ss.

de la Constitución y el numeral 3.7 del artículo 3 de la Ley 142 de 1994, es regulada en detalle por esa ley.[51]

Aunque el artículo 334 de la Constitución política dispone que el Estado intervendrá "por mandato de la ley", la misma Constitución señala las peculiaridades de ese mandato legal, lo cual impide asimilar la actual intervención a la perfilada en la reforma constitucional de 1945, que usó las mismas expresiones, pero con el propósito de robustecer el papel de la administración. En efecto, según el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución política, las leyes de intervención económica deben precisar los fines y alcances de la intervención y los límites a la libertad económica.

Un tipo de ley que impone constitucionalmente al legislador la regulación de los más mínimos detalles, y por ello su carácter "reglamentarista", como que suministra todos los elementos indispensables para su cumplimiento. Cumplimiento que atañe exclusivamente a las autoridades de que trata la ley. Y por ello los jueces no pueden arrogarse una competencia —de la que carecen— para pretender su cumplimiento y menos para diseñar políticas públicas diferentes a las decididas por el representante del pueblo.[52]

Estas leyes de intervención económica están concebidas con ese nivel de detalle para garantizar las múltiples libertades económicas en juego, en especial al usuario, y en últimas brindar seguridad jurídica, presupuesto esencial de toda sociedad y base para relaciones económicas estables.

En una democracia liberal las leyes fruto de la soberanía estatal deben acomodarse a las leyes naturales de la economía, y no viceversa. Porque la economía antecede al derecho y este no es sino un simple instrumento para facilitar la manera como las personas deciden la forma en que utilizarán los recursos para satisfacer sus necesidades (capital, mano de obra, tierra). El Estado social de derecho no es sinónimo de planificación central de la economía, propia de un modelo totalitario comunista.

Ahora, como toda política pública, necesita recursos para su materialización. Y un principio bifronte universalmente admitido es base misma de la democracia: el poder de imposición y el poder de definición de presupuestos solo corresponden a las corporaciones públicas de representación popular, como pasa a exponerse.

---

51 Congreso de la República de Colombia, Ley 142/94, artículos 2.1, 2.8, 2.9, 3.2, 5.3, 11.3, 53 *in fine*, 86-104.

52 De acuerdo con la historia fidedigna del establecimiento de esta norma, que revela su exposición de motivos, la norma constitucional exige que los nuevos desarrollos legales hagan previsión en torno a los fines y alcances de la intervención del Estado en el sector de servicios públicos, así como también, los límites de tal intervención con relación al principio de libertad económica, consagrado en el artículo 150, numeral 21 de la Constitución. Rudolf Hommes Rodríguez *et al*., "Exposición de motivos al Proyecto de Ley n.º 197 de 1992-Senado", *Gaceta del Congreso*, n.º 162 (17 de noviembre de 1992).

Gasto público y reserva de ley en el Estado social de derecho

El principio de legalidad tributaria tiene una larguísima tradición en el constitucionalismo[53] y se asocia con la idea misma de democracia. Por ello muchos lo llaman *principio de representación popular en materia tributaria*, en cuanto pretende dotar de legitimidad a esa prestación pecuniaria que el Estado impone coercitivamente[54] y que, en últimas, afecta el derecho de propiedad, en cuanto determina el aporte que cada contribuyente hace al financiamiento de los gastos que demanda el cumplimento de los fines del Estado.[55]

En consonancia con este principio está el de legalidad del gasto, la otra cara de la misma moneda: en tiempo de paz no se puede percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos —universalidad—.[56]

Mientras la programación, aprobación y modificación compete privativamente a los órganos de representación popular; la ejecución de los presupuestos, por su parte, atañe exclusivamente a la administración, y la aprobación de su liquidación, a su vez, corresponde a los órganos de representación popular. Por eso se habla de *competencias alternas*. De otro lado, el control de la gestión fiscal compete a la Contraloría, que no puede interferir en la administración. El Gobierno en materia presupuestal queda, pues, sometido al representante del pueblo, pues este no solo lo autoriza a gastar, sino que le hace control en la ejecución.

El principio democrático se traduce en varias expresiones: las erogaciones deben ser previamente decretadas por ley[57] y deben ser apropiadas por la ley de presupuesto para poder ser efectivamente realizadas.[58] No es constitucionalmente posible ejecutar un gasto (aunque esté previsto en una ley) si no ha sido incluido en la ley de apropiaciones. La ley de apropiaciones es, entonces, el único título de gasto. El presupuesto marca así un límite preciso de la acción fiscal del Gobierno (fuerza restrictiva): el Ejecutivo no puede recaudar tributos que no figuren en el presupuesto, ni exceder en ninguna cantidad los gastos que este autorice.[59]

---

53 Véase la cláusula XII de la Carta Magna Libertatum, de 1215, y el artículo 14 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789.

54 Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero* (Buenos Aires: Depalma, 2001), 316 y 317.

55 José Juan Ferreiro Lapatza, *Curso de derecho financiero español* (Madrid: Marcial Pons, 2000), 47.

56 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, *op. cit.*, artículo 150, numerales 11, 12, 338 y 345.

57 Ibíd., artículo 346.

58 Ibíd., artículo 345.

59 Esteban Jaramillo, *Tratado de ciencia de la Hacienda Pública* (Bogotá: Temis, 1974), 494.

Ahora, la ley de apropiaciones no implica que las partidas forzosamente deban ser ejecutadas por el Gobierno. La decisión de decretar un gasto tiene un fuerte componente político: el Gobierno lo prepara y el Congreso evalúa su incorporación al presupuesto; dos decisiones marcadas por criterios de oportunidad. Una vez decretado el gasto, la decisión de hacerlo dependerá de las prioridades del gasto público y de la magnitud de los recursos disponibles. O lo que es igual, una partida incluida en el presupuesto no tiene que ser "irremediablemente ejecutada", porque se trata de una autorización máxima de gasto, para que las autoridades administrativas competentes tengan un margen de discrecionalidad.[60]

En otros términos, el presupuesto viene a ser un estimativo de ingresos que se espera recibir en una vigencia fiscal y una autorización máxima de gasto limitativa de la posibilidad de gasto gubernamental, pero los ingresos han de ser obligatoriamente percibidos por el Gobierno.[61]

De manera que la Constitución busca someter al Gobierno en materia presupuestal al representante del pueblo, para hacerle control en la ejecución del gasto público. Según este principio democrático, las erogaciones deben ser previamente decretadas por ley[62] y deben ser apropiadas por la ley de presupuesto para poder ser, efectivamente, realizadas.[63]

Estas dos expresiones del principio de legalidad (tributario y de gasto) —que ha acogido sin excepción nuestro constitucionalismo bicentenario— adquieren mayor importancia en el marco del Estado social de derecho, en cuanto el Estado asume un programa de transformaciones económicas y sociales en cabeza exclusivamente, según la Constitución, de los órganos de representación popular y claro está de la administración en su aplicación.

Nadie distinto del Congreso puede modificar la estimación de los gastos previstos en el presupuesto —en virtud del principio democrático—;[64] los ingresos, en cambio, por las inevitables variaciones de los ciclos económicos, pueden resultar inferiores a lo previsto.

Ahora, el ejecutor no puede ser otro que el Gobierno, pues como administrador de la política económica general del Estado ostenta delicadas responsabilidades de orden macroeconómico. Así, aun teniendo recursos suficientes, es del resorte exclusivo de la administración reducir o aplazar

---

60 Luis Ignacio Betancur Escobar, "Acciones constitucionales y gasto público", en VV. AA., *Retos y perspectivas del derecho administrativo* (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2009), 93 y ss.

61 Maurice Duverger, *Hacienda pública* (Barcelona: Bosch, 1968), 180-181.

62 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, *op. cit.*, artículo 346.

63 Ibíd., artículo 345.

64 Véase Jorge Luis Trujillo Alfaro, *Presupuesto: una aproximación desde la planeación y el gasto público* (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2007), 208.

la ejecución de partidas, como, por ejemplo, si advierten tendencias inflacionarias.

Como es un instrumento que busca orden, el presupuesto debe ajustarse a las metas macroeconómicas, que solo maneja el Gobierno —en coordinación con la Junta Directiva del Banco de la República—, dado que ostenta la capacidad técnica y el conocimiento idóneo de la disponibilidad de recursos para asegurar su ejecución, por ello la Constitución le asigna el manejo de la política fiscal nacional, como responsable de la política económica y de desarrollo del país. Atribución que, por supuesto, no es arbitraria, sino que está sometida a condiciones muy exigentes, previstas en la normatividad orgánica.

Jurídicamente el presupuesto es un "acto condición", es decir, un acto sin el cual un órgano del Estado no puede ejercitar su competencia. Si los presupuestos son limitados, no puede ser indiferente la forma como se asignan los recursos públicos a través de subsidios, en tanto que estos tienen un enorme impacto en la economía, en la redistribución del ingreso e incluso, indirectamente, en el medio ambiente, porque pueden llegar a estimular el despilfarro.

El presupuesto nacional es un instrumento de política pública, el más determinante, en cuanto se ocupa de definir qué, cómo y cuánto puede gastar el Gobierno anualmente. Se trata de una ley especial,[65] como son las de intervención económica, pero que a diferencia de estas exige un procedimiento particular para expedición: la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución están previstos en la ley orgánica, norma rectora y documento matriz del sistema presupuestal,[66] a la cual debe sujetarse el Congreso al expedir la ley anual de presupuesto.

Esta preceptiva orgánica tiene un carácter autolimitante, en tanto señala los procedimientos a los que el Congreso debe sujetarse al expedir los respectivos presupuestos anuales, en orden de homogeneizar y armonizar la materia. Estas normas ostentan superior jerarquía desde la Constitución de 1886,[67] dado su carácter supralegal o cuasiconstitucional; y dentro de esta modalidad normativa, la ley orgánica por excelencia es la ley de presupuesto.[68]

De ahí que todo derecho constitucional de desarrollo progresivo solo puede lograr en democracia su materialización con la adopción de medidas

---

65 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, *op. cit.*, artículos 150-11 y 346.

66 Ibíd., artículos 151, 349 a 352.

67 Corte Suprema de Justicia, Sentencia 338775, de 27 de septiembre de 1971 (M. P. Luis Sarmiento Buitrago).

68 Asamblea Nacional Constituyente, "Ponencia sobre la función legislativa", *Gaceta Constitucional*, n.° 51, 16 de abril de 1991, 3.

de orden económico que permitan su acceso real y efectivo a través de acciones previstas por el legislador y ejecutadas por la administración. En otros términos, los cometidos sociales del Estado social de derecho[69] —que lo distinguen del Estado de derecho en cuanto a su naturaleza y cometidos[70] y que se logran usualmente con la asignación de subsidios que buscan promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva—[71] deben seguir las reglas presupuestales enunciadas y, claro está, estar sometidos a lo reglado por las leyes de intervención económica sectoriales.

Ahora, como la administración es y ha sido renuente a cumplir con sus funciones (así sucedía también antes de 1991), ha hecho carrera el recurrir a los jueces para que estos asuman competencias ajenas a su función constitucional. Y el resultado es que asistimos, no en los textos constitucionales sino en su aplicación, a una intervención judicial de la economía, como pasa a verse.

Juez y economía en el Estado social de derecho

El Estado es lo que hace,[72] y su impacto debe valorarse a partir de sus ejecutorias. En el apartado anterior quedó claro que es el legislador a quien compete definir las políticas públicas y los recursos para poderlas llevar a cabo, al paso que, según la Constitución, a la administración corresponde materializar dichas políticas. ¿Cuál es la función, entonces, de los jueces en el diseño de políticas públicas y en materia de ordenación de gasto?

Juez y políticas públicas en el Estado social de derecho

La expresión *políticas públicas* es atribuida a Harold Lasswell y Daniel Lerner,[73] quienes a mediados del siglo XX las concibieron como *las opciones más importantes*. El Estado es un medio, un instrumento para cumplir los fines que la sociedad se propone al organizarse jurídicamente mediante una constitución. Los fines del Estado determinan sus funciones.

En un Estado de derecho la legislación, la administración y la justicia son modalidades de función pública para el cumplimiento de los fines del Estado y, como tales, son instrumentos de garantía de los derechos, cada una en el ámbito de su competencia: la ley configura los derechos al regular

---

69 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, *op. cit.*, artículo 1.

70 Guillermo Sánchez Luque, "Los deberes de la solidaridad…", *op. cit.*, 41.

71 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, *op. cit.*, artículo 13.

72 Harold Laski, *A grammar of politics* (Nueva Delhi: Surjeet, 2003).

73 Harold Lasswell y Daniel Lerner, *The policy sciences: Recent developments in scope and methods* (Palo Alto: Stanford University Press, 1951).

sus límites y alcances; la administración se encarga de cumplir y hacer cumplir la ley, y el juez al desatar las controversias aplica e interpreta la ley.

En el marco del Estado social de derecho, las autoridades competentes no solo cumplirán estos cometidos tradicionales, sino que además al aumentar sus fines por una agenda ambiciosa de cometidos sociales, el Estado tendrá un rol más activo y, en consecuencia, sus autoridades también.

Así, la función legislativa, como emanación de la voluntad general, ya no es solo el límite liberal al poder y un mandato configurador de las libertades individuales (faceta negativa o de abstención de la reserva de ley), sino que en el Estado social de derecho también se revela como un mandato programático configurador de los derechos económicos y sociales[74] (faceta positiva de la reserva de ley). La ley adquiere un papel protagónico como definidora de las políticas públicas.

La función administrativa, que por definición es ejecutiva, está encargada en el Estado social de derecho de la garantía material de esos derechos de contenido económico y social, de poner en ejecución las políticas públicas previamente definidas por el legislador y de prestar los servicios que estén a cargo del Estado.

La función judicial, entre nosotros, no cambia su rol de controladora de la legislación y de la administración (control constitucional y control de legalidad, respectivamente). Y si bien la función judicial, encargada de la solución de los conflictos, también hace efectivos los derechos caso por caso, en modo alguno —como algunos sostienen— puede llegar a sustituir al legislador en la función de definición de políticas públicas, ni a la administración en su delicada misión de hacerlas realidad.

Si la defensa de los derechos es la razón del Estado[75] y todas las autoridades (legislativas, administrativas y judiciales) tienen dentro del ámbito de sus competencias un papel de garante de estos, ninguna de ellas puede arrogarse el monopolio de la garantía de los fines del Estado. Y ninguna está autorizada constitucionalmente para asumir funciones que no tiene.

En el marco social de derecho, el juez no puede asumir competencias para la definición de políticas públicas. Y no lo puede hacer porque: i) no tiene la competencia constitucional para hacerlo; ii) en democracia,

---

74 Según Pichard, los derechos sociales, económicos y culturales o *derechos a* "implican la idea de un crédito que permite exigir a otro un comportamiento y, sobre todo, una prestación, ese otro puede ser el Estado o, de manera más general, la colectividad, ya sea que se trate de la totalidad o de alguna de sus partes, particularmente apta para soportar esa carga. Ya no se trata, entonces, de un *poder de actuar*, sino de un *poder de exigir*. El Estado debe, entonces, no solo limitarse sino, además, organizar las relaciones entre los individuos para que el *derecho a* sea satisfecho o, si es el caso, satisfacerlo directamente él mismo. En los *derechos a* hay, por consiguiente, un factor de crecimiento infinito del poder del Estado, típico del socialismo". Marc Pichard, *Le Droit à. Étude de législation française* (París: Economica, 2006), 47 y ss.

75 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, *op. cit.*, artículo 2.

el juez no es el representante del pueblo (carencia de legitimidad democrática); iii) el juez carece de competencia técnica para adoptar este tipo de medidas; iv) el juez tampoco tiene competencia alguna en materia de fuentes de financiación, y v) en la práctica sus decisiones no comprometen su responsabilidad política (porque no es su función) ni de ninguna otra índole, lo cual es inadmisible en un sistema democrático.

Como ya se indicó, la intervención de la economía prevista en la Constitución corresponde a dos autoridades: el legislador, que adopta la política pública, y la administración, que la pone en ejecución. La Constitución no previó la "intervención judicial de la economía", que ha venido dándose en la práctica a golpe de decisiones judiciales, sin articulación alguna con las autoridades sectoriales, dispersa, carente de soportes técnicos, atomizada y sin reglas.

El ámbito de la oportunidad y de la conveniencia —que es el propio de las políticas públicas— es ajeno al juzgador. No es papel del juez, so pretexto de garantizar derechos,[76] concebir, por ejemplo, su esquema ideal carcelario, de atención a desplazados, de prestación de los servicios de salud, vivienda, educación o servicios públicos domiciliarios.

En otras palabras, a los jueces no les corresponde formular juicios de valor sobre la conveniencia o la oportunidad de las decisiones de política pública legislativa, como tampoco sobre las medidas de ejecución que adopte la administración para el cumplimiento de los fines a su cargo. Tampoco el juez puede llegar a definir cuál es la mejor opción para llevar a cabo los fines sociales del Estado, desde el punto de vista técnico, administrativo o financiero.

El rol del juez se contrae a determinar si hay o no afectación a los derechos, pero so pretexto de ello no puede convertirse en el sucedáneo del legislador ni de la autoridad administrativa, ni convertirse en un evaluador de la conveniencia o no de una política pública, de la forma cómo ha de ejecutarse o las alternativas posibles. Como dice Böckenförde, si se encomendara al juez la aplicación inmediata de derechos fundamentales sociales mediante la concesión de pretensiones jurídicas concretas y

---

[76] Para Carbonnier, dos circunstancias crearon un clima favorable para esta transformación dentro de las ciencias humanas: el lugar conquistado por la psicología, a expensas de la sociología (los sociólogos confieren un lugar prevalente a las instituciones, los psicólogos al individuo), y, dentro del discurso ideológico, la exaltación permanente de los derechos humanos, que implica cierto retroceso de los valores colectivos (el pueblo, la democracia, la república): la pululación de derechos subjetivos es un factor de inflación del derecho. La pasión por el derecho en nuestra sociedad es la exaltación de la proyección desordenada de una infinidad de pasiones individuales, en contraposición, las unas con las otras. *Ego* contra *ego*. Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République* (París: Flammarion, 2006), 121 y ss.

reclamables, debería entonces desempeñar al mismo tiempo el papel del legislador y del administrador, se vería en cierto modo empujado a ello.[77]

Las alternativas de gestión para mejorar la eficiencia de la gestión de recursos escasos en los distintos ámbitos de acción de la intervención estatal en la economía son ajenas a la actividad judicial. Estos son asuntos que corresponden a un estudio de conveniencia político y económico, que mientras no afecte la validez de la norma que lo adopte (legal o administrativa) escapan al ámbito de acción de los jueces.

No hay precepto constitucional ni legal alguno que permita hablar de una intervención judicial en la economía, el juez no puede sustituir a autoridad alguna para manejar estas materias, ni para cuestionar la conveniencia u oportunidad de las medidas que estas adopten, ni para adoptar medidas que tienen enorme impacto en el entorno macroeconómico.

Las decisiones judiciales se han venido convirtiendo en un instrumento de intervención en la economía con el que, con la mejor buena intención, se pretende solucionar problemas propios de la prestación, especialmente relacionados con la asignación de recursos en materia de gasto social, y han desplazado a las autoridades constitucionalmente competentes.

Así se ha impuesto a las autoridades la construcción de obras públicas, a asignar subsidios judiciales distintos y paralelos de los previstos en la legislación, con lo cual se ha contribuido, como advierte Palacios Mejía, no solo a la expansión del gasto público, sino a su asignación ineficiente e ineficaz, que puede crear problemas fiscales adicionales a las entidades territoriales.[78]

A más de la carencia de competencia jurídica —esto es, la atribución, la función o la facultad—, el juez tampoco ostenta la competencia técnica para adoptar estas decisiones. El juez no tiene la pericia, habilidad, aptitud, idoneidad para intervenir en asuntos económicos. Las decisiones económicas judiciales no son una respuesta adecuada y eficaz a los problemas que se pretenden solucionar.

Estos fallos propician —sin proponérselo, claro está— un incentivo perverso: justifican la renuencia consuetudinaria de la administración a cumplir su función de ejecutora de la ley, al punto que en ocasiones ha

---

[77] Según Böckenförde, para asegurar los derechos sociales fundamentales se necesita una acción estatal activa positiva que exige medidas del legislador y de la administración que procuren el acceso a los bienes materiales y la participación en ellos. En un ordenamiento constitucional democrático basado en el principio de la articulación de poderes, son tareas que corresponden en primer lugar al legislador legitimado democráticamente de manera directa y en segundo término a la administración, y no pueden resolverse por la vía de una interpretación del enunciado constitucional. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993), 76 y ss.

[78] Hugo Palacios Mejía, *El derecho de los servicios públicos* (Bogotá: Derecho Vigente, 1999), 91-152.

llegado a exigir que se recurra previamente ante los jueces, para que estos vía fallo le exijan hacer lo que por mandato legal le corresponde.

En efecto, paradójicamente, estas decisiones en las que el juez sustituye a la ley y a la administración en un particular rol "garantista" han llevado a que el legislador no asuma en debida forma su rol de revisión de las políticas públicas, cuando ellas muestran debilidades, y a que la administración deje de lado su labor ejecutora de la ley y obligue a las personas a acudir a los jueces.

Si de resultados se trata, ya se está viendo cómo ese mesianismo constitucional ha degenerado en otra frustración institucional más: decisiones judiciales animadas de buenas intenciones que ofrecen resultados modestos. Los denominados *fallos estructurales*[79] y *estados de cosas inconstitucional*[80] no solo no han solucionado los graves problemas que pretendían resolver, sino que han contagiado a los fallos de esa "eficacia simbólica" del derecho que se pretendía solucionar. Muchas ilusiones y pocas soluciones… ¿Ilusiones que terminarán en desengaños?

La división del trabajo también aplica en la Constitución. Según Aristóteles, en todas las constituciones hay tres elementos: deliberativo, ejecutivo y judicial. Si estos elementos están bien establecidos, necesariamente también lo está el régimen. De modo que la división funcional de los poderes asegura un buen gobierno.[81] Quizás sería bueno no solo insistir en la concepción liberal (que garantiza la libertad), sino también en esta concepción aristotélica, que garantiza los buenos resultados.[82]

Una separación de poderes genuina no debe contraerse solo en la garantía de los derechos por la limitación al ejercicio del poder, sino también en la división del trabajo —de acuerdo no solo a las competencias jurídicas, sino también a las competencias técnicas— que permita obtener mejores resultados de las distintas facetas del poder público.[83]

---

79 Por ejemplo, desplazados (Sentencia T-025/04 y autos 109/07 y 025/10) y salud (Sentencia T-760/08).

80 Por ejemplo, cárceles (sentencias T-153/98 y T-388/15), docentes (Sentencia SU559/97), jubilados (Sentencia T-068/98), no pago oportuno de salarios (Sentencia T-289/98) y Cajanal (Sentencia T-016/19).

81 Aristóteles, *Política* (Madrid: Gredos, 1988), libro IV, 14, 1298a, 260.

82 Guillermo Sánchez Luque, "El juez del 'nuevo derecho': del gobierno de los oidores al gobierno de los jueces; ¿neoconstitucionalismo o neocolonialismo?", en Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa, directores académicos, *Arbitraje 360º: el árbitro y la función arbitral; naturaleza de la función arbitral* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2017), tomo I, volumen 1, 35 y ss.

83 En este sentido, véase José María Samper, *Derecho público interno de Colombia* (Bogotá: Biblioteca Banco Popular, 1974), tomo II, 122 y ss., y Florentino González, "Lecciones de derecho constitucional", en *Derecho constitucional colombiano, siglo XIX*, de Cámara de Representantes e Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita (Bogotá: Imprenta Nacional, 1998), tomo II, 69.

La política económica, esto es, ese conjunto de variables que determinan el manejo de la economía (p. ej., crediticia, fiscal, salarial, cambiaria, monetaria, comercio exterior, inversión extranjera, ambiental, etc.), cuenta con la injerencia de distintas autoridades, según las competencias que traza la Constitución y materializa el legislador, pero que deben funcionar "armónicamente", en concordancia con un programa macroeconómico. La política económica general exige poner de acuerdo instrumentos tan disímiles como el presupuesto, la planeación y el mantenimiento del poder adquisitivo de la moneda.

De modo que la división del trabajo tanto en economía como en la Constitución implica la especialización. Y en uno y otro todos salen ganando con un aumento de la productividad y la defensa del principio democrático y la supremacía de la Constitución, en tanto norma atributiva de competencias por excelencia.

Si los jueces no tienen los elementos de juicio para medir los efectos redistributivos de sus decisiones en materia de derechos económicos, sociales y culturales, ¿tienen incentivo alguno para limitar las órdenes de gasto si no tienen que arbitrar los gastos que entrañan los fallos emitidos, al no subordinarse al marco constitucional y legal que fija las competencias de intervención y —por supuesto— las de orden presupuestal?

Juez y gasto público en el Estado social de derecho

Como ya se indicó, las políticas públicas en democracia son una construcción colectiva de metas comunes, en la que el Estado cumple un rol de coordinación y dirección, para orientar el comportamiento de los múltiples actores, y al hacerlo necesariamente fija prioridades en la agenda pública y, por supuesto, en el gasto público.

De conformidad con el principio de legalidad del gasto, corresponde al Gobierno decidir libremente si incluye o no en los presupuestos los gastos decretados por el Congreso previamente. En efecto, las órdenes de gasto contenidas en las leyes ordinarias no entrañan un forzoso deber de gasto, ni las partidas incorporadas al presupuesto constituyen deberes de gasto, porque son solo autorizaciones máximas de gasto. Admitir que el juez pudiera ordenar un gasto incorporado en la ley de apropiaciones implicaría quebrantar el sistema presupuestal.

Con esta perspectiva, la Corte Constitucional al estudiar el parágrafo del artículo 9 de la Ley 393 de 1997, que previó la improcedencia de la acción de cumplimiento respecto de normas que establezcan gastos, concluyó:

> Resulta insólita la pretensión que se expresa con la fórmula según la cual "todo gasto ordenado por las normas legales habrá de ejecutarse", que

> pretende erigir un sistema presupuestal inflexible, apto para servir de escarmiento al abuso o ligereza de la democracia que ordena gastos que a la postre no se realizan. Los recursos del erario provienen de los impuestos de los ciudadanos. De su manejo desordenado y descuidado no puede surgir la receta para curar el mal que con razón se censura.[84]

No hay razón alguna para que estas consideraciones, apoyadas en claros textos constitucionales, solo se prediquen de la acción de cumplimiento y no se puedan aplicar en las otras "acciones constitucionales": populares y de tutela, especialmente.[85] Ahora, si no se puede ordenar la ejecución de los gastos decretados por el legislador, mucho menos podrá el juez ordenar gastos que no hayan sido previstos previamente en una ley.

Tomemos un solo ejemplo: en el ámbito de los servicios públicos domiciliaros, la Constitución de 1991 diseñó una política pública de subsidios para ese sector. Luego de dejar claro que los servicios públicos no pueden ser prestados gratuitamente, al establecer que el criterio de *costos* es un parámetro constitucional para la fijación del sistema tarifario,[86] dispuso que los subsidios deben focalizarse en las personas de menores ingresos, para que estas puedan pagar las tarifas de los servicios públicos que cubran sus necesidades básicas, y que solo puede cubrir sus necesidades básicas, vale decir el *consumo básico de subsistencia*.

La Constitución, pues, en materia de subsidios en servicios públicos domiciliarios, concibió un esquema responsable fiscalmente, que si bien altera drástica y positivamente la tarifa a favor de los usuarios de menores recursos, lo hace sobre la base de que no es posible la gratuidad del servicio.

Sin embargo, al margen de los mandatos constitucionales y legales, se ha venido creando por la vía de la acción de tutela un derecho de los servicios públicos paralelo, que al contrariar el esquema de intervención económica en ese sector ha abierto la posibilidad de crear "subsidios judiciales", que bajo nombres sugestivos dicen proteger derechos fundamentales en materias en las que el legislador con arreglo a la Constitución ya dejó un marco de protección generoso y racional de los derechos económicos y sociales en juego.

Es importante advertir que la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de algunas normas de la legislación sectorial encontró que hay

---

84 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-157/98 (M. P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara), fundamento jurídico 5.

85 Véase Guillermo Sánchez Luque, "La acción de cumplimiento en Colombia: ¿un medio de control judicial de la administración que no produjo los efectos que se esperaban?", en Carlos Mario Molina B. y Libardo Rodríguez R., coordinadores académicos, *El derecho público en Iberoamérica: libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo* (Bogotá: Universidad de Medellín y Temis, 2010), tomo II, 481 y ss.

86 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, *op. cit.*, artículo 367.

unos eventos excepcionales en tanto "sujetos especiales de protección" (escuelas, centros de reclusión, hospitales, entre otros).[87] Más allá de lo discutible que sea convertir en "legislación" fallos de tutela por la vía de la modulación de las normas legales, este pronunciamiento no solo reprochó la denominada "cultura de no pago", sino que limitó la "excepción jurisprudencial" a los eventos enunciados.

Con todo, vía fallos de tutela, se extendió esta excepción jurisprudencial de pago de los servicios públicos a los usuarios de menores ingresos que, no obstante haber recibido su subsidio de ley, se abstengan de pagar y esgriman que en sus hogares hay niños o personas de la tercera edad (mínimo vital). Esta tendencia jurisprudencial, por supuesto, está animada de las mejores intenciones, pues tiene el propósito de hacer efectivos, a su manera, los cometidos sociales del Estado de derecho, con desconocimiento de los mandatos constitucionales y legales.

Más allá del desconocimiento de la cosa juzgada constitucional, estas decisiones de tutela han supuesto no solo el replanteamiento del esquema de prestación, sino que sus decisiones, en la práctica, han afectado las finanzas de las empresas.

Por vía de tutela se ha señalado que las empresas de servicios públicos domiciliarios no pueden suspender los servicios, a pesar del incumplimiento del pago, cuando el domicilio a que se destinan está habitado por personas que merecen una especial protección constitucional[88] o esté debidamente acreditado que se trata de usuarios que carecen de recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio.[89]

De acuerdo con esas decisiones de tutela, si la persona a la que se le preste el servicio no puede "cancelar" de manera inmediata la deuda, la entidad debe mantener la prestación del servicio y, con su aquiescencia, deberá elaborar acuerdos de pago con plazos amplios y cuotas flexibles, teniendo en cuenta la capacidad económica del usuario:[90] "la inopia no puede prevalecer sobre el acceso a tal suministro [del servicio de agua]".[91]

---

87 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150/03 (M. P. Manuel José Cepeda), fundamento jurídico 5.2.

88 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-546/09 (M. P. María Victoria Calle Correa), fundamento jurídico 5, aunque conviene advertir que como en este caso se negaron las pretensiones, esta afirmación no pasó de ser un *obiter dictum*. Reiterado en muchos pronunciamientos, como en la Sentencia T-717/10 (M. P. María Victoria Calle Correa), fundamento jurídico 32, y la Sentencia T-034/16 (M. P. Luis Guillermo Guerrero), fundamento jurídico 5.5.

89 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-614/10 (M. P. Luis Ernesto Vargas), fundamento jurídico 4.6.

90 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-740/11 (M. P. Humberto Sierra Porto), fundamento jurídico 8.

91 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-273/12 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), fundamentos jurídicos 4.9 y 5.5.

Según estos fallos de tutela, cuando en el hogar objeto de interrupción habitan sujetos de especial protección constitucional (como niños, mujeres cabeza de familia, desplazados, personas en situación de discapacidad, adultos mayores, enfermos, etc.), la facultad de corte del servicio público domiciliario no es absoluta,[92] porque los usuarios están en condiciones de "debilidad manifiesta" (atendiendo criterios de edad y condición física), circunstancia que "debe ser estimada a la hora de determinar la constitucionalidad de la suspensión del servicio de agua por falta de pago".[93]

La jurisprudencia ha extendido este criterio a casos en que el tutelante haga parte del sistema de identificación de potenciales beneficiarios de programas sociales-Sisbén,[94] en los que no solo ha amparado, sino que ha "advertido" al prestador que se abstenga de suspender el servicio si los demandantes en tutela "no pueden cumplir con las obligaciones para costear las cuotas del acuerdo de pago".[95]

Es más, el criterio jurisprudencial se ha extendido a eventos en los que media reconexión ilegal del servicio de agua, como en el caso de una mujer que "afirma ser desplazada y encontrarse en una situación de extrema pobreza", que vive con cinco menores de edad.[96] También cuando "el tutelante ha hecho uso de una vía ilegal para obtener el suministro de agua potable, debido a la apremiante necesidad sentida, al verse privado del líquido vital y sin ningún sustento laboral que le permitiera en ese momento generar dinero para cancelar la deuda", y ya no se encuentra "reconectado en forma irregular".[97] O incluso cuando admite que la empresa actuó de forma diligente al suspender el servicio, cuando se demostró que "el accionante estaba realizando un mal uso del líquido, desperdiciándolo y reconectándose múltiples veces de manera fraudulenta […], causando así daños en las viviendas de los vecinos", a pesar de lo cual amparó los

---

92 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-752/11 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), fundamento jurídico 3; Sentencia T-980/12 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), fundamento jurídico 6; Sentencia T-270/07 (M. P. Jaime Araújo Rentería), fundamento jurídico 6 ; Sentencia T-179/13 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza), fundamento jurídico 7, y Sentencia T-761/15 (M. P. Alberto Rojas Ríos), fundamento jurídico 5.1.

93 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-179/13 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza), fundamento jurídico 7, y Sentencia T-864/13 (M. P. Alberto Rojas Ríos), fundamento jurídico III.

94 La tutela no procedía porque se había configurado como "hecho superado".

95 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-573/13 (M. P. Alberto Rojas Ríos), fundamentos jurídicos 3.1-3.4.

96 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-928/11 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), fundamentos jurídicos 28-39.

97 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-925/12 (M. P. Alexei Julio Estrada), fundamento jurídico 6.

derechos invocados, pues la tutelante es una adulta mayor, que "debe recibir una especial protección constitucional".[98]

Aunque los fallos de tutela reconocen que "no es tarea del juez constitucional dirimir las diferencias de orden económico que hayan surgido entre las partes, con ocasión del no pago del valor del agua potable consumida", se aduce que sí lo es "proteger los derechos fundamentales, garantizados por la Constitución".[99] De modo que "al hacer una interpretación sistemática de las normas constitucionales aplicables al caso" y "en aplicación directa de la Constitución", la jurisprudencia de tutela ha concluido que no es posible suspender la prestación de los servicios debido a la mora en el pago de la contraprestación económica.[100]

Por esta vía, paulatinamente se ha venido creando un "subsidio judicial", paralelo y contrario al que autorizó la Constitución y previó la ley de intervención económica correspondiente; ¿acaso no todo subsidio debe ser creado mediante una norma con fuerza de ley?

Este criterio jurisprudencial no solo no se aviene a los mandatos constitucionales y legales que gobiernan la materia, sino que contradice las decisiones que la Corte Constitucional ha adoptado como juez constitucional. En efecto, al decidir la constitucionalidad de los mandatos legales la Corte, dejó en claro: i) que la pretensión de que el subsidio cubriera la totalidad del costo de la necesidad básica sería posible si existieran suficientes recursos, luego de satisfechas otras necesidades más apremiantes, y si otros principios cedieran íntegramente su preeminencia al de igualdad; ii) que los órganos de representación popular, al decretar los gastos —y el subsidio definitivamente lo es—, se ven constreñidos a distribuir de manera racional y forzosamente parcial los recursos disponibles, y iii) que una alternativa maximalista de la igualdad —subsidio total— habría conducido a un sacrificio muy grande del principio de eficiencia en la prestación de los servicios públicos, que exige que la reposición de los costos y la obtención de un determinado margen se garantice a las empresas públicas y privadas que se ocupan de los servicios públicos.[101]

Tampoco se acompasa con otras decisiones de constitucionalidad según las cuales: i) como el contrato de servicios públicos es oneroso, su

---

98 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-242/13 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), fundamento jurídico 5.7.

99 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-385/11 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), fundamento jurídico 5.3.

100 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-270/07 (M. P. Jaime Araújo Rentería), fundamento jurídico 6.2.

101 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-566/95 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), fundamento jurídico 3.2.

incumplimiento puede acarrear la terminación por parte de la empresa;[102] ii) el concepto de gratuidad de los servicios públicos ha sido abandonado en la Constitución política de 1991 (art. 367),[103] y iii) el usuario que se abstiene de pagar los servicios públicos no solo incumple sus obligaciones con los prestadores, sino que además no obra conforme al principio de solidaridad y dificulta que las empresas presten el servicio con criterios de eficiencia.[104]

Si los objetivos de políticas sociales se logran de manera gradual, de conformidad con el marco fiscal y el gasto de mediano plazo, ¿las decisiones judiciales tienen en cuenta la disponibilidad presupuestal de cada vigencia anual presupuestal? ¿Es razonable la orientación del gasto público en materia de subsidios por la vía de decisiones judiciales tomadas sin tener en cuenta el marco jurídico aplicable y solo considerando la "garantía" de los derechos fundamentales que se afirman vulnerados?

¿Existe el cálculo dentro del gasto anual en subsidios de cuál es el monto de estos subsidios paralelos, a cuánto equivale del PIB nacional en un año o cuál es el porcentaje que corresponde al presupuesto de cada vigencia? Aún más, ¿cuál es la autoridad responsable de hacer seguimiento y evaluación de los programas públicos que involucran subsidios de creación judicial?

¿Por qué hemos pasado de 7 000 tutelas falladas en Colombia en 1992 a la exorbitante cifra de 12 000 tutelas que llegan a la Corte cada día para su revisión eventual? ¿Un éxito desbordado del amparo a la colombiana? ¿O un activismo judicial descontrolado, que ha supuesto una suerte de "judicialización de la convivencia"? ¿O este "tutelatón" es el síntoma de la indolente inacción de un ejecutivo que ni cumple ni hace cumplir la ley?

¿Habrá alguna relación entre el incremento de la actividad judicial en materia económica y la desmejora en la calificación obtenida en el 2017 por Colombia en el Índice Global de Competitividad (IGC), en el cual el entorno macroeconómico (-9) fue el pilar en el que el país obtuvo su mayor caída y donde se aprecia un deterioro significativo en materia de instituciones, entre las cuales se destaca la eficiencia en el gasto público (-33)?[105] ¿Habrá alguna incidencia de este desordenado papel judicial en la economía con los resultados del índice de facilidad para hacer negocios

---

102 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-389/02 (M. P. Clara Inés Vargas), fundamento jurídico 5.6.

103 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-041/03 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), fundamento jurídico 3.

104 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150/03 (M. P. Manuel José Cepeda), fundamento jurídico 5.1.

105 Departamento Nacional de Planeación, *Anuario mundial de competitividad 2017; Institute for Management Development (IMD); informe de resultados para Colombia* (Bogotá: Autor, 2017).

(IFN), reportados en la edición 2018 de *Doing Business* (*DB*), según los cuales Colombia descendió al puesto 59 entre 190 economías?[106]

Se ha venido creando un constitucionalismo paralelo[107] al adoptado en los textos, que conspira contra la certeza que debe orientar las relaciones humanas, incluidas, claro está, las económicas. Una "mutación constitucional", en la que el juez, sin cambiar formalmente el texto de la Constitución —porque no puede o al menos no debería hacerlo—, opta por un cambio material al formular su propia e íntima convicción de lo que a su juicio debería ser la Constitución: ¿constitucionalismo dual: dualidad de asignación de competencias; la que en desarrollo de la soberanía hace la carta y la que en la práctica los jueces se autoatribuyen en sus "precedentes"?

Son muchos los riesgos que entrañaría la generalización de asignación de subsidios judiciales, monetarios o en especie, para otros ámbitos (p. ej., la construcción de soluciones de vivienda) y en general los riesgos que entraña el deseo de materializar vía tutela otros derechos asistenciales mediante la asignación de recursos no previstos en las partidas presupuestales; o la de ordenar las autorizadas, sin contar con los criterios técnicos con los que cuenta el Gobierno para hacer efectivo cualquier derecho de contenido económico y social —escogido arbitrariamente— previsto en la Constitución.

Toda decisión de intervención estatal impacta a las unidades económicas específicas que forman el sistema económico y sus relaciones entre sí, entre ellas a las empresas y a los consumidores. Estos últimos reaccionan a variables como subsidios, en tanto afectan el costo de producción, el precio por unidad y la demanda del producto (microeconomía). Pero también impacta a la economía en su conjunto, al todo, tanto el nivel general de precios como el de gastos, y la definición y determinación del ingreso nacional y sus variables asociadas, en especial a largo plazo (macroeconomía).

---

106 Departamento Nacional de Planeación, *Doing Business 2018: Banco Mundial; informe de resultados para Colombia* (Bogotá: Autor, 2018).

107 Dice Taruffo: "La 'justicia del caso individual' que se invoca en contraste con la 'justicia de las normas' ha llegado a ser en los últimos años un *leitmotiv* más bien generalizado en el ámbito de varias orientaciones *posmodernas* de la teoría del derecho […]. Cuáles sean los criterios en función de los que el juez debería determinar caso por caso esta 'justicia reequilibradora' de los defectos sociales sigue siendo asunto del todo misterioso; parece más bien que los sostenedores de esta orientación no desean siquiera imaginar 'decisiones según criterios', y pretendan que el juez no pueda hacer otra cosa que decidir los casos individuales según una especial sensibilidad suya para la tutela de los sujetos discriminados. No parece que haya necesidad de mayores ahondamientos para entender que aquí se concibe una decisión desvinculada de cualquier regla […] y, por lo tanto, remitida exclusivamente a la sensibilidad individual del juez". Michele Taruffo, *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil* (Bogotá: Temis, 2006), 182 y ss.

Conclusiones

1. Si la Constitución es fundamentalmente un reparto de competencias, las autoridades solo pueden hacer lo que ella les atribuya. El intérprete no está autorizado para que sustituya, altere o cambie su texto. Interpretar un contrato no es modificarlo.

   No es posible "privilegiar" una parte de la Constitución (la dogmática) sobre otra (la orgánica), porque la Constitución es un todo y no se puede dividir en partes para efectos distintos de los pedagógicos —además, ¿la división del poder o el principio de legalidad presupuestal son meros asuntos orgánicos?—. La defensa de la Constitución es no solo de su supremacía, sino también de su integralidad, es decir, de todas y cada una de sus disposiciones.[108]

2. Es hora de hacer un alto en el camino. La defensa de los derechos es tarea de todas las autoridades, cada una en el ámbito de la competencia que le asignó la Constitución. Acudir recurrente y sistemáticamente al juez es síntoma de una gravísima enfermedad, de una anomia crónica que no se sana con paliativos.

3. El mercado es un distribuidor de tareas, decía Adam Smith, tan severo como cualquier regulación social. Pero tan antiguo como el mercado (la economía) es el derecho (intervencionismo). La intervención no es históricamente nueva ni reciente.[109]

   Si admitimos, como lo hace la Constitución, que las leyes "jurídicas" intervengan a las del mercado competitivo, acá también es importante la distribución de tareas. La división del trabajo permite la especialización y, por ende, conduce a una mayor productividad: al concentrarse cada hombre en una tarea, podía producir más que si hubiera tenido que manejar, por sí solo, cada una de las fases del trabajo.

4. El principio de legalidad del gasto hace parte de esos mandatos que han estado en todas nuestras constituciones; es una suerte de "constitución intemporal", porque corresponde a esas convicciones compartidas propias de un modelo liberal democrático bicentenario. La política de un Estado es el presupuesto; lo demás podría decirse que no son más que aspiraciones (contenidas en una Constitución o en múltiples leyes) que solo se materializan cuando se hacen las respectivas apropiaciones.

---

[108] Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, *op. cit.*, artículo 241, inciso 1.

[109] Luis Carlos Sáchica, *Constitucionalismo colombiano* (Bogotá: Temis, 1983), 238.

5. El "subsidio judicial" riñe con el esquema constitucional y legal previsto al efecto, está alterando en forma considerable la viabilidad del esquema de prestación, al incentivar el no pago. Este "subsidio judicial", atomizado y anárquico, no permite establecer su costo, ni identificar los beneficios esperados, tampoco garantizar reglas de juego claras y trasparentes y mucho menos hacerlo dentro de un marco de disciplina fiscal, como ordena la Constitución. La política de gasto público en subsidios, que impone un manejo eficiente y óptimo de los escasos recursos públicos con que se cuentan, no puede quedar sin norte, diluida en multitud de fallos judiciales inconexos.
6. La regla siempre será la libertad, y la ley solo puede y debe aparecer para defenderla. Esta premisa general también aplica, por supuesto, al ámbito económico. Lo fundamental es la libertad económica y la intervención es y debe ser excepcional, por ello la cuidadosa redacción del artículo 150-21 de la Constitución nacional sobre las leyes de este tipo.
7. ¿Asistimos a un cambio constitucional no expreso a partir de interpretaciones que han generado una ruptura del esquema económico previsto en la Constitución: costumbres constitucionales contra el derecho constitucional escrito?[110] ¿La indefinición del modelo económico, la neutralidad económica de la Constitución, la relatividad y ambigüedad de las cláusulas constitucionales económicas, en fin, las cláusulas económicas abiertas autorizan el juez a intervenir en la economía?
8. No se ha medido el costo de este paulatino —¿e irreversible?— proceso de judicialización de la vida económica, que se ha traducido en una suerte de "gobierno de los jueces", que sin contar con competencias (ni jurídicas ni técnicas) interviene en la economía.
9. Fines y medios son interdependientes en democracia. La "democracia procedimental" es la esencia de la institucionalidad liberal.[111]
10. Las instituciones de intervención económica previstas en la Constitución de 1991 están convulsionadas: ¿vamos hacia un desarrollo leviatánico del Estado, de un Estado del bienestar paralelo y alejado del que regula la Constitución? ¿La intervención económica regulada

---

110 Hans Peter Schneider, *Democracia y Constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 48.

111 Algunos plantean incluso que se está afectando gravemente el equilibrio de poderes. Véase Fabricio Mantilla Espinosa y Tatiana Oñate Acosta, *La "dignidad" de la Corte Constitucional* (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario e Ibáñez, 2013), 85.

y limitada que está en los textos tiende a desaparecer sin que se niegue su existencia —mutación constitucional— y es sustituida por otra poderosa, que parece no conocer límite alguno?

11. ¿La postulación de los derechos humanos a escala mundial bajo la nomenclatura alemana de *derechos fundamentales* entraña una revisión radical del papel del Estado con políticas de gasto público intenso que deben adoptarse a toda costa, aun de los repartos de competencias y de los efectos macroeconómicos perversos que podrían causar? ¿Esta confusión de competencias es la mejor vía al Estado del "mejor estar", al Estado del bienestar, el otro nombre de la fórmula política adoptada en el artículo 1.º de la Constitución?

12. El juez no es la autoridad más indicada para tomar decisiones sobre elección de las mejores alternativas para emplear los limitados recursos que son susceptibles de usos alternativos para producir bienes y servicios para el consumo presente y futuro. Una decisión judicial no es la vía adecuada para dirigir la actividad y la conducta de los hombres frente a los escasos medios de que dispone para satisfacer sus necesidades y buscar su bienestar.

13. En economía las decisiones son siempre difíciles. La economía no puede en realidad prever, juega con aproximaciones. Y si los bienes son escasos y hay que darles el mejor uso posible, la toma de decisiones que el Estado comparte con el mercado —en economías mixtas como la nuestra— ¿conviene hacerla por la vía desarticulada y poco técnica de los "laboratorios" judiciales?

14. La economía responde mejor a los incentivos que a las órdenes, por ello las leyes de intervención están rodeadas de las particularidades anotadas. Una intervención diferente a la precisa y detallada de la ley, que por lo mismo intenta brindar certeza y predictibilidad, como las que en la práctica se están haciendo a través de ciertas decisiones judiciales, altera el clima de seguridad jurídica que exige el mercado y tiene, a pesar de sus buenas intenciones, un efecto desestimulante para los agentes económicos y estímulos de efectos impredecibles para los usuarios.

15. La forma del poder, para retomar la afortunada expresión del profesor Rubio Llorente,[112] la da la Constitución, y esa tarea la termina la ley. Por ello, hay que volver por el camino de la norma, de la regla, del derecho, de la ley, que nos hace libres. Regresar con serenidad a los

---

[112] Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder: estudios sobre la Constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

> textos de la Constitución como un todo que ordena y coordina; al acuerdo al que llegamos hace un cuarto de siglo, que sigue la tradición republicana de un constitucionalismo liberal bicentenario. Los jueces no están en democracia para formular políticas públicas ni para controlar su ejecución: ¿constitucionalismo social por la vía judicial?

La economía en Colombia se judicializó en los últimos cinco lustros. Los actores económicos (agentes, usuarios y hasta autoridades competentes) esperan cada vez más de las señales que envían los fallos judiciales para adoptar las decisiones económicas. Si el orden económico y social supone la creación de condiciones para el desarrollo integral, no sorprende, infortunadamente, que en una declaración de emergencia económica hace unos años se haya expresado en los motivos que un factor de alteración y amenaza del orden público económico y social consistía en ciertas decisiones judiciales.[113]

Hayek[114] advirtió los riesgos de la extensión de la reglamentación gubernamental de cualquier parte de la economía, pues "una necesidad interna" la forzaría a extenderse. La Constitución de 1991 responde adecuadamente a esos riesgos y obliga al legislador a precisar los fines y alcances de la intervención económica y los límites a la libertad económica ¿Entre nosotros ese fatal pronóstico se ha venido cumpliendo este último cuarto de siglo por cuenta no tanto de la planificación expansiva —que tanto temía Hayek— sino de una muy particular "intervención judicial de la economía"?

---

113 Ministerio de la Protección Social, Decreto 4975/09, de 23 de diciembre, que declaró una emergencia social. El decreto de declaratoria fue declarado inexequible en la Sentencia C-252/10 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), pero curiosamente en la Sentencia C-253/10 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla) se mantuvo temporalmente el Decreto Legislativo 127 de 2010, que creó nuevas fuentes de recursos para la salud pública (impuestos a los licores, el tabaco y los juegos de azar), a pesar de haberse configurado una evidente inconstitucionalidad por consecuencia. Existe un caso bastante curioso: ¿la Sentencia C-722/15 (M. P. Myriam Ávila Roldán) declaró inexequible una autorización de tráfico ferroviario por 24 horas para sacar carbón represado para "mantener" la Sentencia T-672/14 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), que había tutelado el "derecho a la tranquilidad" e impedido el uso por el horario señalado?

114 Friedrich Hayek, *Camino de servidumbre* (Madrid: Alianza, 2011).

DEMOCRACIA Y PARTICIPACIÓN

Mecanismos de democracia participativa en el Estado constitucional de derecho: una lectura crítica

JOSEPH GABRIEL CAMPOS TORRES*

Introducción

Quisiera comenzar esta ponencia agradeciendo a la Corte Constitucional de Colombia por la generosa invitación que se me hace para participar de su vigésimo quinto aniversario. Al honor, le sumo el hecho de que sea celebrado en Pasto, ciudad de alta identificación para los peruanos, como yo, por compartir historia común. Esta ciudad constituyó una de las fronteras finales del Imperio incaico, por lo que me siento honrado y en casa.

La presente ponencia pretende pronunciarse sobre algunos de los mecanismos de participación propios de la democracia directa en la actual discusión constitucional, reinvindicando, como marco de discusión, algo fundamental, pero que muchas veces se subordina o se pierde: la dimensión política del Estado constitucional.

En tiempos en los que se exalta el modelo de democracia deliberativa o participativa (Habermas, Nino, Elster, etc.), al lado de los que desarrollan posiciones desde el constitucionalismo popular u originalista (Kramer, Tushnet, Ackerman, etc.), se tratan por igual a los mecanismos de participación directa o participativa, considerando que todos desarrollan el modelo democrático constitucional, lo que consideramos que es un error.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster de la Universidad de Valencia (España) y doctorando de la Universidad Nacional del Rosario (Argentina). Docente en pre y posgrado en la Universidad San Martín de Porras (Lima).

En ese sentido, es menester advertir, mediante un análisis crítico, que algunos de los mecanismos de democracia directa —o participativa—, presentados como medios centrales en el desarrollo de más democracia en el marco del modelo democrático constitucional, que es representativo, son contraproducentes con ese propósito. Para arribar a dicha conclusión, corresponde recurrir al enfoque inicial, político e histórico de legitimación de la democracia representativa y su relación con los Estados constitucionales. Estos mecanismos participativos pretenden ser remedios de una crisis provocada por un problema anterior y basal en el Estado democrático y constitucional: la crisis en la representación política. La implementación de estos mecanismos no ataca directamente al problema que pretende solucionar, sino que afectan a un elemento determinante del modelo democrático representativo y constitucional.

Constitucionalismo histórico

En las últimas décadas, el análisis y los estudios sobre la Constitución se circunscriben o sobreinciden en su dimensión jurídica, olvidando que su gestación fue producto del ámbito político y que es reciente su concepción como norma jurídica. Señalado esto, no pretendemos disminuir esta última conquista histórico-jurídica, por el contrario, corresponde recordar y reivindicar su fundamento originario de lo que supone la clave constitucional. Así las cosas, si bien será fundamental reivindicar la idea de que la soberanía popular obliga a determinar que el pueblo debe ser un actor sustancial en la determinación del sentido de la Constitución, el modelo constitucional es un derecho de límites y, adicionalmente, encarna esta idea en la representación política que soporta la democracia representativa. Esta última afirmación, sin embargo, no es antihistórica ni estática, sino que es consecuencia de una larga tensión entre lo que supone democracia y constitucionalismo,[1] que desarrollaremos más adelante.

El constitucionalismo político, consecuencia de un empoderamiento político de la sociedad en la experiencia continental, otorgó la primera virtud al constitucionalismo: haber instalado la ficción de la igualdad y una soberanía popular laica e histórica. Edmund Morgan nos describe que esta evolución tiene un escenario paralelo de hechos en el *common law*, en Inglaterra, que devino en lo mismo: la invención de un pueblo soberano como forma de control del poder regio.[2]

Esta ficción de la igualdad en la experiencia continental tiene menos de 250 años; ella organiza el paradigma político en el que se basa el Estado

---

1 Tribunal Constitucional del Perú, STC 007-2012-PI/TC, de 26 de diciembre, parágrafo 12.

2 Edmund Morgan, *La invención del pueblo* (Buenos Aires: Siglo XXI, 1988), 364.

Constitucional y no "apareció" como parte de los ordenamientos jurídicos, sino que fue una victoria política que, al haber sido producto de una necesidad social, se concretizó en el mundo del derecho para ser dotada de pretensiones reales y exigibles.

Entonces cabe enfatizar que fue el empoderamiento político de la Constitución el que trajo una igualdad que desarrolla nuevas pretensiones el día de hoy en el mundo del derecho. Para llegar a esta idea de igualdad, que va de la política al derecho, y no al revés, recordemos las teorías contractualistas que soportaron este constitucionalismo.

Si bien es cierto que estas teorías se auxiliaron de algunos pensadores vinculados con el absolutismo (Spinoza, Hobbes, Locke), aportaron una idea de este ser humano en *estado de naturaleza*, que sirvió para construir un mundo en el que los derechos están sobre el derecho. Este ciudadano, sobre la base de un acuerdo, construye al Estado y al poder e invierte la regla que venía de la antigüedad por la que se concebía al poder como natural y los derechos eran otorgados en lugar de reconocidos. Existe, en esta línea, para evidenciar el impacto de lo político en el contenido del derecho, un discurso famoso de Constant; ahí explica la diferencia del contenido de libertad del hombre antiguo con respecto al moderno, impactado por este mundo del constitucionalismo.[3]

Sobre la base de la convicción de que los seres humanos creamos el derecho y constituimos el poder, nuestros derechos se reconocen, y no son otorgados. Esta idea ha servido para incorporar a la Constitución al mundo del derecho; sin dejar de lado que es menester recordar que esta norma ha estado más tiempo en la política que en el ámbito del derecho.

Ahora bien, el impacto de este hecho político en el mundo del derecho ha dotado a este último de características que ahora percibimos como *inherentes* y evidentes, pero que han sido producto de esta tan reiterada ficción que trajo el empoderamiento político de la sociedad. Estas características son la *unidad,* la *coherencia,* la *plenitud,* la *generalidad* y la *abstracción*.[4]

En el mundo de los desiguales había tantos mundos del derecho como desigualdades existían; pero, cuando esta desigualdad se disuelve, solo existe uno. De este modo, al creernos iguales, las citadas características se tornan esenciales. Bobbio será el gran pensador que recreará estas características.

Una vez reivindicada la dimensión política del Estado constitucional, podemos entender la intrínseca vinculación entre la democracia y el constitucionalismo. La democracia ya no sería un concepto eminentemente

---

3 Benjamin Constant, *Escritos políticos* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989), 257 y ss.

4 En una reinterpretación de Bobbio, hay una notable caracterización de Javier Pérez-Royo, *Curso de derecho constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 2014), 36 y ss.

formal, sino también sustantivo. Así, los derechos de participación política formarían parte del ámbito esencial de la democracia. Si quisiéramos hacer una analogía para evidenciar la importancia de estos derechos, diríamos que el derecho a la participación política es al Estado democrático constitucional lo que es la vida a la persona. Sin embargo, debemos tener cuidado con interpretar que el reconocimiento de estos derechos implica la redefinición del modelo democrático representativo.

La democracia: representativa y directa

Participar en la democracia mal puede entenderse como la omisión de este modelo. Recordemos el debate entre Jefferson y Madison sobre la *mejor* forma de ejercer la democracia.

En los artículos 10[5] y 49[6] de *El Federalista*, se debatía si la representación política era la forma ideal para gobernar, o si, en cambio, lo era el autogobierno.[7] En esos artículos se afirmaba que la república era el gobierno que consagraba el sistema de representación y que este consistía en la delegación de facultades del pueblo a un grupo de ciudadanos elegidos por el resto.

Como diferencia fundamental entre el autogobierno y la representación política, se señalaba sobre esta última lo siguiente:

> Afina y amplía la opinión pública, pasándola por el tamiz de un grupo escogido de ciudadanos, cuya prudencia puede discernir mejor el verdadero interés de su país, y cuyo patriotismo y amor a la justicia no estará dispuesto a sacrificarlo ante consideraciones parciales o de orden temporal. Con este sistema, es muy posible que la voz pública, expresada por los representantes del pueblo, esté más en consonancia con el bien público que si la expresara el pueblo mismo, convocado con ese fin. Por otra parte, el efecto puede ser el inverso. Hombres de natural revoltoso, con prejuicios locales o designios siniestros, pueden empezar por obtener los votos del pueblo por medio de intrigas, de la corrupción o por otros medios, para traicionar después sus intereses.[8]

Es decir, se advertían tanto las virtudes como los potenciales peligros de este modelo. Sin embargo, en el balance, y en contraposición al modelo de la democracia directa, se advierte que esta última únicamente sirve para espacios limitados y sociedades menos complejas. Lo cierto es que contemporáneamente se trasciende la definición de democracias de

---

5 James Madison, *El Federalista* (México: Fondo de Cultura Económica, 2014), 35-41.

6 Ibíd., 214-217.

7 Ibíd., 52-56.

8 Santiago Madison, *El Federalista*, n.º 10 (México: Fondo de Cultura Económica, 1943), 39.

los derechos, para instalarse y vincularse con los conceptos de ciudadanía y derechos políticos.

Efectivamente, las condiciones básicas para el desarrollo de una democracia suponen la vigencia de los derechos políticos y de los vinculados al desarrollo de la representación, de tal manera que los ciudadanos puedan: formular sus preferencias; manifestarlas públicamente, de manera individual o colectiva, y obtener una respuesta a ellas en igualdad de condiciones por parte del Estado, sin discriminación.[9]

Sin embargo, tanto en Perú como en Colombia, nuestras constituciones[10] y los tribunales supremos en material constitucional[11] han legitimado la importación de ciertos mecanismos de democracia directa, sin advertir cómo su incorporación merma el modelo de representación política.

En el caso peruano, en la sentencia recaída en el expediente n.º 0003-1996-AI/TC, se reconoció que los mecanismos de democracia directa pueden coexistir con la representativa:

> 1. Que, el referéndum es uno de los instrumentos de la democracia directa que fue incorporado en la Constitución; el criterio asumido por la Carta Política, es que solo garantizando la participación política de todos los ciudadanos, se puede hablar de una democracia real; que los derechos políticos, y, entre ellos, el derecho a la participación política, permiten al ciudadano participar directamente, sin intermediarios, en la formación de la voluntad del Estado, como miembros de la comunidad política.
>
> […]
>
> 3. La Ley número veintiséis mil trescientos y su modificatoria, la ley número veintiséis mil quinientos noventa y dos, son normas de desarrollo constitucional que armoniza el ejercicio de la democracia directa, en la figura del referéndum con la democracia representativa; que caracteriza

---

9 Roberto Dahl, *La poliarquía* (Madrid: Tecnos, 1971), 14-20.

10 La Constitución colombiana, en su artículo 40, afirma: "Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública". Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, 6 de julio de 1991.

11 Tribunal Constitucional del Perú, STC 003-1996-AI/TC, de 20 de diciembre, y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150/15 (M. P. Mauricio González Cuervo).

> la forma de gobierno del Perú; cabe destacar, que no se busca privilegiar o deslegitimar respecto de la otra, se trata de que estos dos diferentes canales de participación ciudadana logren expresar la voluntad ciudadana de la manera más adecuada.[12]

Del mismo modo, en el caso colombiano, la Sentencia C-150 de 2015, del 8 de abril, ha precisado lo siguiente sobre la relación entre la participación en la democracia y el modelo representativo:

> 5.1.1.3. La naturaleza participativa del ordenamiento constitucional supone entonces la obligación de promover, en cuanto resulte posible, la manifestación de formas democráticas de decisión y de control y, en cuanto sea necesario, la expresión de sus dimensiones representativas. Este criterio de interpretación se apoya, de una parte, en el reconocimiento que la Carta hace de las instituciones propias de la democracia representativa y, de otra, en la pretensión reconocida en el artículo 2.º de la Constitución de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.[13]

Al respecto, consideramos que si bien son mecanismos *constitucionales*, esto es únicamente por su incorporación en nuestras constituciones, pero no porque por su naturaleza lo sean. La relación entre constitucionalismo y democracia, que ahora se reconoce como sustantiva, se sustenta y tiene un marco en el modelo representativo. Y si algunos mecanismos de democracia directa han sido incorporados, no ha sido por concluir luego de un análisis exhaustivo que son los medios idóneos para garantizar la democracia, sino porque han sido identificados como remedios ante la contextual crisis de representatividad.

Es decir, la *constitucionalidad* de estos mecanismos no ha sido parte del diseño institucional orientado a la mejor forma de garantizar la democracia y los derechos, sino que ha respondido a problemas concretos de la crisis de la representatividad. De modo que, en lugar de enfocarse en resolver los problemas de la representación política a fin de superar la crisis y fortalecerla, se optó por "parcharla" con mecanismos muchas veces contradictorios.

Ahora bien, no todos los mecanismos de democracia directa resultan incompatibles o menoscaban el modelo representativo; algunos realmente resultan indispensables por motivos estructurales (y no como "remedios" ante una crisis contextual). El problema es que no se distingue entre los mecanismos de participación directa que sí guardan relación y fortalecen la representación política —como, por ejemplo, la consulta previa— y

---

12 Tribunal Constitucional del Perú, S-323-1996, de 20 de diciembre.

13 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150/15 (M. P. Mauricio González Cuervo).

los mecanismos que la socavan —como, por ejemplo, la revocatoria del mandato o el referéndum—.

Como señalábamos, de un tiempo a esta parte, si bien pensadores como Ferrajoli sostienen la insuficiencia de las garantías formales[14] en una visión superadora del paradigma de las democracias constitucionales, esto no quiere decir que la dimensión material no tome en cuenta el modelo democrático de representación.

El ámbito de lo indecidible y la garantía de los derechos fundamentales, al ser una nueva dimensión de lo que significa la democracia, ha dado paso a mecanismos de legitimación alternativos. Sin embargo, ello simplemente exige que en el análisis de qué mecanismos de participación coadyuvan a la democracia se realice un enfoque privilegiando los derechos fundamentales.

Ahora bien, esto tampoco implica que los mecanismos de democracia directa constituyan o tutelen realmente los derechos de participación política, sino que se debe advertir su compatibilidad con el modelo representativo y si efectivamente logran los fines que aparentemente perseguirían.

Ello atendiendo a que el único medio razonable en sociedades complejas y grandes, con el que el ciudadano puede materializar el principio de soberanía popular, es el de la representación política. No obstante, este mecanismo sufre un ataque cuando eventualmente se legitiman mecanismos de participación directa como la revocatoria del mandato.

Esto sucede, entre otras cosas, cuando se confunde la representación jurídica con la representación política, y cuando se exige que la última se equipare con la primera; a saber, por ejemplo, cuando se olvida la no sujeción al mandato imperativo.

Al respecto, Ferrajoli afirmaba que "el voto refleja la opinión y puede que los intereses de cada votante pero al mismo tiempo considera que justamente por ello el representante político no puede estar vinculado a ellos, sino que es llamado a representar los intereses de todos".[15]

De este modo, la revocatoria generalmente es entendida como si el ámbito de representación fuera el de un "mandato", y esto no es así. Por otro lado, recordemos como peligro para la vigencia de los derechos que el mecanismo de la revocatoria no requiere "causa"; además, si se buscara la sanción a la autoridad por la comisión de una infracción, correspondería la destitución.

---

[14] Luigi Ferrajoli, *Paradigmas de la democracia constitucional* (Argentina: Universidad Nacional del Rosario, 2009), 35 y ss.

[15] Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris: teoría del diritto e della democrazia* (Roma-Bari: Laterza & Figli, 2007), vol. I, 374, citado por Isabel Lifante en *Sobre el concepto de representación* (Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2011), 509.

Como vemos, la revocatoria del mandato, a pesar de ser un mecanismo de democracia directa, no permite el cabal ejercicio de la democracia, sea vista desde la perspectiva de los derechos o institucionalmente. Por el contrario, su irreflexiva legitimación implica un desconocimiento de los alcances de la representación política. En este punto corresponde precisar, conforme lo recuerda Bobbio, que los principales ataques contra el mandato representativo devienen de posiciones autoritarias socialistas que veían en la democracia representativa la "ideología de la burguesía más avanzada".[16] En ese sentido, no fue extraño que los mayores representantes del fujimorismo y de la izquierda en el Congreso Constituyente Democrático, que alumbró a la Constitución vigente del Perú, Carlos Torres y Torres Lara,[17] representante del fujimorismo, y Henry Pease García,[18] de los sectores socialistas, coincidieran en la misma lectura crítica.

Es de precisar que no es verdad que este mecanismo esté masificado mundialmente. Si se excluye a algunos estados de otros Estados federales, el número de países que tiene este mecanismo no supera a los 20 en el mundo y, según Tuesta Soldevilla, autoridad en estos temas, es ajeno a las grandes democracias consolidadas. El Perú es el país que más lo ha usado a nivel mundial, con el correspondiente deterioro de la representación política.[19] El caso más reciente y relevante, que atrajo la atención de la academia sobre lo perniciosas que pueden ser las revocatorias, fue el intento contra la exalcaldesa de Lima Susana Villarán.

Otro mecanismo de democracia directa cuestionable en relación con el modelo representativo democrático y constitucional es el referéndum. En el caso peruano, esta institución se importó en el año 1993 y fue utilizada en

---

16 Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia* (México: Fondo de Cultura Económica, 2001), 56.

17 Dice Carlos Torres y Torres Lara: "Durante años se ha leído en el Perú que hay sectores cultos, que son los que tienen que dirigir el país; y sectores incultos, que no deben participar porque, de repente, si participan, actuarían mal. Esa lógica, que nos ha llevado solo a la democracia representativa de carácter indirecto, ha hecho que aquellos que no han estado representados constituyan durante siglos las clases separadas y distantes del poder; tan distantes que algunos segmentos no se encuentran comprometidos con el país. Esto se debe a un solo hecho: no han participado de la vida política, social y económica. Entonces, hacer una revolución política en el Perú implica darles el uso de la palabra y el derecho a gobernar, como lo han hecho las clases dirigentes de este país". Congreso Constituyente Democrático, *Debate constitucional pleno, 1993* (Lima: Autor, 1993), tomo I, 139.

18 "Y esto es natural. Nosotros rescatamos la tradición y la propuesta de la izquierda peruana. Lo hicimos también en la Constituyente de 1979, reclamando que no restringiéramos los mecanismos de participación a la democracia representativa [...]. Es un avance importante el que se recojan mecanismos de democracia directa; Lo esencial del derecho de referéndum es que el ciudadano lo use por su propia iniciativa en la mayor parte de los casos; y quizás, en algunos casos puntualmente regulados, a través de iniciativas de los órganos de gobierno". Ibíd., 144.

19 "Radiografía a las revocatorias en el Perú y América Latina", *El Comercio*, 12 de marzo de 2014, https://bit.ly/2Fkvcah

un momento autocrático por quien tenía el poder, para efectos de saltarse la institucionalidad democrática —régimen de Alberto Fujimori—. Efectivamente, incluso el Tribunal Constitucional peruano dejó constancia del uso fraudulento del primer referéndum por parte del régimen *de facto* de entonces, precisamente para aprobar el texto de la vigente Constitución.[20]

Otro ejemplo de cómo este tipo de mecanismos merman la democracia entendida sustancialmente ha sido el reciente caso del referéndum de Inglaterra. Los ciudadanos tuvieron la oportunidad de votar si su Estado continuaba siendo parte de la Unión Europea o si se retiraban (esta última decisión fue denominada *brexit*).

En este supuesto, el pueblo inglés estaba ejerciendo su "autogobierno"; estaba ejerciendo un mecanismo de participación democrática directa. Sin embargo, empíricamente se demostró que una decisión de tal envergadura,[21] en lugar de satisfacer los fines de la democracia sustantiva, fue más un tema populista. Se pudo advertir que al día siguiente de la votación la mayor cantidad de ingleses buscó qué significaba *brexit*: luego de haber votado.

Esta desinformación puede deberse a múltiples variables, como indiferencia, ciudadanía precaria, falta de educación (cívica), entre otros. Es por ello que, en lugar de trasladar la responsabilidad de la toma de decisiones pública a la ciudadanía desinteresada o desinformada debido a la complejidad de nuestras sociedades, corresponde mejorar la representación política.

Mecanismos como el referéndum y la revocatoria lastiman el sistema democrático. Lo que sucedió con el *brexit* refleja el problema de la democracia deliberativa y participativa. Tal como resumidamente se preguntaba Posner,[22] ¿para qué le vamos a consultar a gente que nunca ha leído una Constitución? Esta no es una pregunta con trasfondo elitista, sino que, por el contrario, circunscribe la toma de decisiones a los involucrados, y la mejor forma de tener mejores representantes es mejorando la calidad de la ciudadanía.

No perdamos de vista que todos estos mecanismos de participación deliberativa son remedios de un problema que se encuentra en otro lugar. El problema está en un momento anterior. Autores como Montesquieu,

---

20 Tribunal Constitucional del Perú, STC 014-2003-AI/TC, de 10 de diciembre, parágrafo 7.

21 Un texto que describe la complejidad de la decisión que supuso el *brexit* y todos los esfuerzos que se hicieron para evitarlo es el artículo de José Martín y Pérez de Nanclares "La Unión Europea ante el desafío del *brexit*: de la decisión de los jefes de Estado o Gobierno a la activación del procedimiento de retirada", *Tribuna Abierta Uría Menéndez*, n.º 43 (2016): 7-23.

22 Richard Posner, *Law, pragmastim and democracy* (Boston: Harvard University Press, 2003). Otra obra sugerente del mismo autor en el mismo sentido crítico del constitucionalismo deliberativo y originalista es *Cómo deciden los jueces* (Madrid: Marcial Pons, 2011), capítulo IX, 355 y ss.

Rousseau o Dahl concluían que el modelo funciona con una premisa central: que el Estado de la constitución lo organizan los ciudadanos.

Si quiero establecer mecanismos deliberativos para legitimar la democracia, previamente se debe construir una mejor ciudadanía; si bien siempre existe el riesgo de generar decisiones alentadas desde determinados círculos de poder que pueden distorsionar los mecanismos participativos, la forma de prevenirlo es en el primer momento: construyendo ciudadanía.

Entonces, para lograr esto, concuerdo con autores como Roberto Blanco,[23] quien afirma que no se ha inventado un mecanismo más eficiente para conectar a la sociedad y al poder que los partidos políticos. Advierte que la democratización de la democracia, reflejada en el acceso al voto para más y más sectores de la población, exige vitalmente a la democracia que se desarrollen espacios de encuentro entre la sociedad y el poder. En ese sentido, la intermediación de los partidos políticos o cualquier esfuerzo institucional le dará calidad a la decisión que conformará la representación política.

Sucede que en países como Perú no se advierte la importancia de institucionalizar a los partidos políticos o de generar condiciones para su racionalización. Olvidan que sucede como con todos los oficios y profesiones. Por ejemplo, cuando uno quiere hacer competitivo a un deportista o a un académico, se le lleva a un club, a centros de formación. Sin embargo, en el caso de los políticos, pareciera que no se les exigiera un ámbito de formación, cuando, como en cualquier actividad, se requieren espacios de encuentro y formación. En ese sentido, el club del político serían los partidos o cualquier forma que suponga su institucionalización.

Ahora bien, concluimos la presente ponencia reafirmando que si el problema es la crisis de la representación política, corresponde enfocarnos en mejorarla, en vez de utilizar mecanismos que pueden satisfacer otros objetivos. Además, esto impacta en la división competencial del poder, pues traslada la labor de la representación política a espacios fuera de él, incluyendo al poder jurisdiccional, que debería actuar por excepción y en hipótesis de conflicto. De mantenerse esta consolidación de los mecanismos de participación directa de manera irreflexiva, la representación política no solo será precaria sino que su destino final será ornamental, con todo el impacto que ello supone para el Estado democrático constitucional.

No perdamos de vista que en los procesos de revocatorias —por lo menos en la experiencia peruana, en lugares donde se desarrollan actividades mineras, por citar un ejemplo— existen denuncias de que los referidos procesos tendrían como auspiciadores a la grandes empresas; el sector privado a veces encuentra una autoridad incómoda y auspicia las revocatorias. A

---

[23] Roberto Blanco, *Los partidos políticos* (Madrid: Tecnos, 1990), 207.

decir de Tuesta Soldevilla, se estima que el 92% de las revocatorias en el Perú se hacen en distritos electorales de menos de 5000 ciudadanos, y de manera recurrente en municipalidades atractivas por temas económicos que allí se desarrollan.[24] Al margen de ello, por cierto, este mecanismo también pierde de vista que el plazo forma parte del mandato representativo.

Finalmente, debemos rescatar que el mecanismo de la consulta previa no es necesariamente equiparable a los otros mecanismos de democracia directa que hemos señalado, porque su justificación se instala no solo en lo legal sino también en lo constitucional. Efectivamente, la necesidad del respeto de comunidades o cualquier colectivo minoritario encuentra en la ficción de la igualdad constitucional el suficiente respaldo, más allá de legislación específica o de teoría multicultural. Ello porque obedece a las necesidades de inclusión y participación en el modelo democrático en el marco de un ordenamiento jurídico de igualdad y por ello necesariamente pluralista.

Cuando hay sectores de la población que se rigen *de facto* por un ordenamiento jurídico distinto al estatal, y pertenecen al Estado, corresponde su inclusión en la toma de decisiones a través de mecanismos en los que se haga efectiva su participación. Y es en dicho contexto en el que sí se justificaría la consulta previa.

Cabe precisar que no consideramos que esta suponga un derecho jerárquicamente superior a los reconocidos estatalmente a otros ciudadanos. En todos los casos corresponde atender al caso concreto y realizar la interpretación jurídica y la ponderación correspondiente. El Estado constitucional tiene existencia y responsabilidad que trasciende a los pocos y se proyecta para todos; ejerce poder sobre todo el espacio infrafronteras.

El papel de la jurisdicción constitucional en la democracia (y en las crisis) resulta fundamental, más aún ante situaciones patológicas del ejercicio de competencias constitucionales y la arbitrariedad, la tutela de derechos y la modulación de los mecanismos de participación directa a fin de realizar un control del respeto de los principios de la democracia representativa.

Muchas gracias.

---

[24] "Radiografía a las revocatorias en el Perú y América Latina", *op. cit.*

Mecanismos de participación ciudadana en la Constitución política de 1991. Comentarios sobre la consulta popular y la revocatoria directa del mandato

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO*

Como dicen algunos protagonistas de la época, la Constitución de 1991 constituyó una reacción de la sociedad colombiana contra la violencia y una apuesta por su erradicación como método de acción política, mediante la adopción de la democracia participativa como eje central de la nueva organización del Estado y de la sociedad.

En consonancia con el propósito que inspiró la convocatoria de la Asamblea Constituyente, la participación se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico como principio rector de la Constitución y fin esencial del Estado, como un deber constitucional y, al mismo tiempo, como un derecho fundamental de los ciudadanos, pero no se la limitó a la esfera

* Magistrado de la Corte Constitucional desde el 9 de febrero de 2017. Abogado de la Universidad Libre, especialista y magíster en Derecho Administrativo, con más de 35 años de experiencia en el ejercicio de la profesión como litigante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y como asesor y consultor en materias propias del derecho administrativo y electoral, en particular como consultor del Proyecto de Fortalecimiento Democrático, de PNUD e IDEA Internacional. En docencia se ha desempeñado como profesor, en pregrado, de Derecho Administrativo y, en posgrado, de Derecho Electoral. En servicio público se destaca como magistrado auxiliar de la Sección Quinta y como conjuez de las secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado, así como miembro del Consejo Nacional Electoral durante el periodo 2002-2006, del cual fue su presidente; también como viceministro de Educación Nacional y como gobernador del departamento de Norte de Santander.

política, sino que se la hizo extensiva a otras formas de participación "en procesos decisorios no electorales" y en la vida económica, administrativa y cultural de los colombianos.

Se entendió la participación, igualmente, como ejercicio de soberanía. El artículo 3 de la Constitución estableció que el pueblo ejercería la soberanía en forma directa o a través de sus representantes, y para ello agregó a los mecanismos tradicionales de la democracia representativa algunos institutos de democracia directa, tales como el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la revocatoria del mandato, entre otros, los cuales integran a su vez el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, consagrado en el artículo 40 de la Constitución.

La participación es, entonces, una característica no solo predicable de la democracia, sino, en general, del modelo de Estado social de derecho, que adoptamos en 1991, característica que se desarrolla en varias disposiciones de la Constitución en ámbitos específicos de la actividad estatal y social. En concordancia con ella, el artículo 2 de la Constitución política señala como uno de los fines esenciales del Estado el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación.

Dentro de este marco constitucional se ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte en relación con la participación y, en particular, con los mecanismos que la hacen posible, aunque, es preciso reconocerlo, no siempre de manera uniforme.

Algunos de tales mecanismos resultan especialmente complejos, no solo por la natural tensión que generan frente a las instituciones de la democracia representativa, sino, ante todo, cuando se trata de asuntos que involucran competencias constitucionales en cuyo ejercicio concurren diferentes autoridades y niveles del Estado, o cuando entran en juego derechos fundamentales o se trata de identificar comunidades afectadas por acciones o decisiones ubicadas en territorios aparentemente por fuera de su ámbito. Igualmente ha generado algún tipo de controversia la naturaleza y alcance de las órdenes que imparte la Corte con el objeto de proteger los derechos que encuentra afectados en los casos de acciones de tutela con ocasión de procesos de participación.

Esto es lo que pasa con mecanismos tales como las llamadas consultas mineras, las consultas antitaurinas, la revocatoria del mandato de alcaldes y gobernadores, las consultas previas a comunidades y pueblos indígenas o afrodescendientes para la realización de proyectos de infraestructura, entre otras. Incluso, cabría agregar la utilización de determinados mecanismos para refrendar el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto, suscrito por el Gobierno con las FARC.

A continuación, se hace una breve presentación de algunos de estos casos abordados por la Corte.

Consultas populares en materia de minería

La acción de tutela se presentó con el fin de que se revocara la sentencia del 20 de marzo de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, mediante la cual se encontró que la siguiente pregunta, puesta a consideración del pueblo por el alcalde del municipio de Pijao (Quindío), era inconstitucional:

> ¿Está usted de acuerdo, sí o no, con que en el municipio de Pijao se ejecuten actividades que impliquen contaminación del suelo, pérdida o contaminación de fuentes hídricas, afectación a la salubridad de la población, o afectación de la vocación agropecuaria del municipio, con motivo de proyectos mineros?

Las razones del Tribunal fueron las siguientes:

i) Porque desconocía los límites legales y constitucionales que prohíben que las autoridades locales excluyan la minería de su territorio.

ii) Porque contrariaba la Sentencia C-123 de 2014,[1] en la cual se dispuso que las actividades mineras no podían ser excluidas del territorio nacional sino por las autoridades competentes.

iii) Porque la pregunta puesta a consideración del pueblo atentaba contra la libertad del votante, ya que contenía elementos valorativos y subjetivos que sugerían una respuesta en un sentido determinado.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia T-445 de 2016, encontró que la sentencia del Tribunal incurrió en un defecto sustantivo por inaplicación del artículo 33 de la Ley 136 de 1994, en cuanto establece la obligatoriedad de la consulta popular para los municipios cuando la actividad minera que se pretende adelantar afecte de manera significativa el uso

---

[1] Mediante la cual se revisó la constitucionalidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001: "Si bien la interpretación del artículo 37 del Código de Minas puede sustentarse en el principio constitucional de *organización unitaria del Estado* —artículo 1 de la Constitución— y los contenidos específicos de los artículos 332 y 334 de la Constitución, que *privilegian la posición de la Nación en la determinación de las políticas relativas a la explotación de recursos naturales*; *también* deben tenerse en cuenta otros contenidos constitucionales de igual valía dentro de la organización del Estado, como son los principios de autonomía y descentralización de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses —artículo 287 de la Constitución—, y de coordinación y concurrencia —artículo 288 de la Constitución—, que se deben acatar al hacer el reparto de competencias entre la Nación y, en este caso, los municipios y distritos. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-123/14 (M. P. Alberto Rojas Ríos).

del suelo y transforme las actividades tradicionales del municipio. En ese sentido, la disposición legal obliga a los alcaldes municipales a hacer una consulta popular cuando en sus municipios se vayan a realizar proyectos mineros, pues "la realización de esta consulta es por lo tanto obligatoria y no meramente facultativa".[2]

Sin embargo, la Corte encontró que la pregunta vulneraba la carta del 91 por atentar contra la libertad del votante, pero no como lo había entendido el Tribunal, por desconocer las competencias constitucionales respecto del uso del suelo y la protección del medio ambiente del municipio de Pijao.

Adicionalmente, la Corte resolvió precisar que los entes territoriales tienen competencia para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, "incluso si al ejercer dicha prerrogativa terminan prohibiendo la actividad minera".[3]

Al mismo tiempo, ordenó a diversas autoridades nacionales[4] conformar una mesa de trabajo interinstitucional, a la cual podrían vincular más entidades y miembros de la sociedad civil, con el objeto de construir una investigación científica y sociológica en el término improrrogable de dos años, contados a partir de la notificación de la sentencia, sobre los impactos de la actividad minera en los ecosistemas del territorio colombiano.

Revocatoria del mandato

La revocatoria es un instrumento por medio del cual los ciudadanos ejercen control político sobre alcaldes y gobernadores elegidos mediante voto programático. Pese a ser una figura ampliamente extendida en América Latina, su eficacia en el país y en la región ha sido mínima. De acuerdo con cifras de la Misión de Observación Electoral (MOE),[5] entre 1991 y 2002 se han elegido en Colombia 7500 mandatarios departamentales y municipales, pero solo en el 1,7 % de los casos se ha propuesto su revocatoria; este bajo nivel se ha mantenido incluso a pesar de que la Ley 741 de 2002 redujo las exigencias para su aprobación. El porcentaje de las solicitudes de revocatoria que han prosperado es mucho menor, a lo sumo solo una de tales iniciativas.

---

2 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 445/16 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

3 Ibíd.

4 Al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Ministerio del Interior, a la Unidad de Parques Nacionales Naturales, al Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt y a la Contraloría General de la República.

5 La MOE es una "plataforma de organizaciones de la sociedad civil que promueve el ejercicio de los derechos civiles y políticos de la ciudadanía". Misión de Observación Electoral, "Misión", https://bit.ly/2TTzRXz

A pesar de su importancia como herramienta de control del poder político, este mecanismo de participación ciudadana presenta algunos problemas sobre los cuales quisiera llamar la atención. En primer lugar, la fórmula electoral aplicable a la elección de alcaldes y gobernadores es la de mayoría simple, es decir que resulta ganador el candidato que obtenga la mayoría de los votos depositados, razón por la que puede ocurrir, como de hecho ocurre en la mayoría de las elecciones, que un alcalde o gobernador pueda resultar elegido con una votación inferior al 50% y que, por lo mismo, el mismo día de la elección pueda tener en contra de su elección y de su programa de gobierno más de la mitad de los ciudadanos de la respectiva entidad territorial. Dicha fórmula electoral, en consecuencia, plantea un primer problema frente a la causal de revocatoria fundada en la insatisfacción general.

Resulta problemática igualmente la causal consistente en el incumplimiento del programa como causal de revocatoria, por razón de la fecha de iniciación del periodo y de los plazos para la promoción de la revocatoria en relación con los tiempos legales del proceso de planeación territorial y presupuestario. En efecto, durante el primer año del periodo el elegido apenas logra poner en marcha los instrumentos necesarios para iniciar la ejecución del programa de gobierno y, sin embargo, simultáneamente la ley permite a los ciudadanos iniciar el proceso de recolección de firmas para revocar al mandatario por incumplimiento del programa. Se observa entonces una contradicción, por un lado, entre el voto programático que genera el derecho del elegido y de los electores a ejecutar el programa y el derecho de los demás ciudadanos, que, en virtud de las reglas electorales hoy existentes, podrían conformar la mayoría para revocar el mandato del elegido, sin que se pueda afirmar con certeza que el alcalde o gobernador hayan incumplido su programa de gobierno.

En tercer lugar, el ordenamiento jurídico actualmente presenta un vacío en materia del ejercicio del derecho a la contradicción de los elegidos respecto de los cuales se inicia un procedimiento de revocatoria directa. Los alcaldes y gobernadores en la actualidad no cuentan con una herramienta legal para controvertir las causales alegadas sobre insatisfacción o incumplimiento del programa de gobierno por parte de los ciudadanos que promueven su revocatoria.

Los anteriores son puntos críticos, que, en principio, deben ser resueltos por el legislador estatutario, para efectos de hacer compatible este instrumento de participación con los derechos políticos fundamentales en juego y lograr, de esa manera, que este mecanismo de control cumpla con sus fines constitucionales.

Participación ciudadana: ¿expansión de los derechos o erosión institucional?

NICOLÁS URIBE RUEDA*

La Constitución del año 91 estableció un nuevo paradigma institucional en muchos frentes al consagrar que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, participativa y pluralista.[1] Fue contundente en afirmar que la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación hace parte de los fines esenciales del Estado, y no deja duda sobre la importancia del individuo, al mencionar que la soberanía reside en el pueblo y que son los ciudadanos quienes la ejercen de manera directa o indirecta a través de los mecanismos que define la Constitución.[2]

Esta nueva concepción constitucional se materializa en su artículo 40, al establecer el derecho de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (voto, partidos políticos, acciones públicas, iniciativa normativa, entre otros), y en el título IV, dentro del

* Abogado de la Universidad de los Andes, con estudios en Política Pública en la Escuela de Alto Gobierno de la misma universidad y en Política Internacional en la American University de Washington D. C. Máster en Acción Política y Participación Ciudadana en el Estado de Derecho del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, la Universidad Rey Juan Carlos y la Universidad Francisco de Vitoria. Ha sido consejero presidencial y representante a la Cámara por Bogotá. Tiene una columna de opinión en *El Espectador* desde 2010, es comentarista permanente de Blu Radio desde septiembre de 2012 y presta servicios de consultoría en la gestión de asuntos públicos y riesgos potenciales de grandes empresas nacionales y multinacionales en relación con el Estado.

1 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, 6 de julio de 1991, artículo 1.

2 Ibíd., artículo 3.

cual se desarrolla el marco general de la participación democrática. Particularmente, el artículo 103 consagró los mecanismos de participación al servicio del ciudadano y la materialización de sus derechos: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato.

La voluntad del constituyente quiso que Colombia hiciera el tránsito de una democracia puramente representativa a una participativa, en cuyo marco los individuos fueran actores constantes y visibles en la definición de las tareas públicas, su ejecución y vigilancia, de modo tal que se superara la idea de que la participación iniciaba y terminaba con el voto, con el derecho a elegir y a ser elegido.[3]

Desde entonces, la Corte Constitucional ha venido desarrollando jurisprudencia y doctrina alrededor del principio de la participación en la Constitución, y en numerosas sentencias se ha referido a los mecanismos de participación en abstracto y en concreto, casi siempre poniendo énfasis en la relevancia de estos instrumentos y en su valor para la configuración de una nación democrática, en donde los ciudadanos sean activos determinadores de su destino común.[4] En este sentido ha sostenido que la democracia participativa no solo es bondadosa para el ciudadano, sino que también tiene un efecto favorable para el sistema político, el cual puede alcanzar niveles mayores de eficiencia, pues

> un Estado en el que los ciudadanos cuentan con el derecho de tomar parte de forma directa en las decisiones a adoptar, de controlar los poderes públicos, de calificar los resultados obtenidos para exigir responsabilidad política, es un Estado en el que probablemente se logrará satisfacer en más alto grado las necesidades de sus asociados.[5]

Como es natural, la Corte ha sido fiel escudera de la participación y ha favorecido su profundización, buscando extender sus alcances a temas y asuntos que incluso los constituyentes nunca tuvieron presentes. La Corte a lo largo de estos años advierte que

> el principio democrático debe ampliarse progresivamente a nuevos ámbitos y hacerse cada vez más vigente, lo cual exige la construcción de una nueva cultura que debe paulatinamente implementarse en la sociedad política. Se trata pues de una maximización progresiva de los mecanismos que permiten el acceso al poder político, y el ejercicio y control del mismo, así como la injerencia en la toma de decisiones. Desde este punto de vista, la tendencia expansiva de la democracia participativa proscribe los

---

3 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-179/02 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

4 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-180/94 (M. P. Hernando Herrera Vergara).

5 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-637/01 (M. P. Manuel José Cepeda).

> obstáculos y trabas que impiden la efectiva realización de la democracia, y el excesivo formalismo de las normas que regulan el ejercicio de los derechos políticos.[6]

Ciertamente, esta tendencia expansiva en la jurisprudencia, así como el desarrollo legal y el ejercicio permanente de los mecanismos constitucionales, están produciendo el efecto deseado de apropiación y uso entre la ciudadanía. Así lo confirma la última encuesta de cultura política realizada por el DANE, en la que se observa que el 80% de los ciudadanos conoce o ha oído hablar del plebiscito, el 63% del referendo, el 55,8% de la revocatoria del mandato y el 48% de la consulta popular.[7]

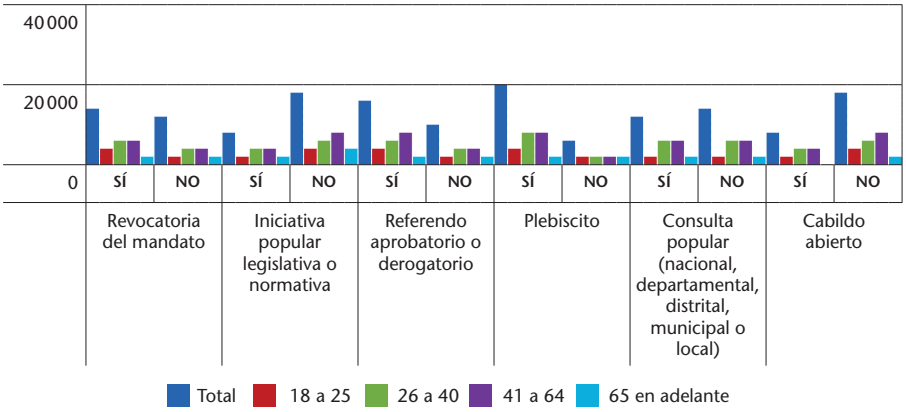

Figura 1. Mecanismos de participación por rangos de edad. Porcentaje de personas mayores de dieciocho años que conocen o han oído hablar de los mecanismos de participación ciudadana
Fuente: DANE, Encuesta de Cultura Política, *op. cit.*

En esta misma encuesta el plebiscito ganó cerca del 150% en reconocimiento (seguramente atribuible en su gran mayoría al plebiscito del 2 de octubre de 2016), el referendo el 9%, la revocatoria del mandato casi un 4% y la consulta popular creció en un 5,5%.[8]

Ahora bien, para entrar un poco en materia, valdría la pena hacer un recorrido rápido por aquellos acontecimientos que en los últimos años han sido parte sustancial de la evolución y uso de los mecanismos de participación y de otros espacios e instrumentos de carácter constitucional y legal que implican una mayor deliberación ciudadana.

---

6 Corte Constitucional, Sentencia C-179/02 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

7 Departamento Nacional de Estadística (DANE), Encuesta de Cultura Política, septiembre 28 de 2017, https://bit.ly/2AdoTRH

8 Ibíd.

Las candidaturas ciudadanas

Iniciaremos, así sea brevemente, comentando este fenómeno de los apoyos ciudadanos como instrumento para legitimar políticamente y viabilizar legalmente candidaturas presidenciales. Luego de presenciar la avalancha de candidaturas ciudadanas, la realidad es que las firmas sustituyeron a los partidos políticos, y estos quedaron condenados a llegar como aliados de segunda categoría, que luego adhieren a candidatos que formalmente carecen de partidos y reniegan temporalmente de su apoyo. A la postre, la campaña presidencial del 2018 tendrá apenas dos o tres candidatos de partido, mientras que probablemente seis o siete llegarán a la primera vuelta electoral de mayo gracias a las firmas que obtuvieron sus candidaturas en todo el territorio nacional. De acuerdo con cifras oficiales, luego de que casi 20 candidaturas se quedaran por el camino (se presentaron más de 30 solicitudes de inscripción por esta vía), en total 11 comités de grupos significativos de ciudadanos entregaron firmas para habilitar la candidatura de personas a la Presidencia de la República. Finalmente 8, con algo más de 8 millones de firmas válidas, lograron superar el umbral que la ley establece para obtener el aval correspondiente. En el proceso, en el que cualquier ciudadano podía firmar por cuantos candidatos considerara conveniente, se analizaron cerca de 16 millones de firmas, de las cuales solamente el 50,8 % terminaron siendo válidas.[9] No es irrelevante mencionar que cuatro años antes, para las elecciones presidenciales de 2014, solo dos candidaturas llegaron a la primera vuelta electoral en el marco de esta posibilidad que contempla la Constitución.

Para algunos, esta nueva dimensión de la democracia participativa, que no repara en excluir a los partidos, puede interpretarse como un indicador del vibrante entusiasmo de millones, que no requieren de la intermediación de instituciones para participar en la democracia; mientras que, para otros, lo sucedido es simplemente un indicio adicional de las dificultades por las que atraviesan los partidos, con respecto a los cuales la ciudadanía cada vez tiene menos credibilidad.

La iniciativa legislativa

Gracias al mecanismo de la iniciativa legislativa, en los últimos años se adelantó toda clase de campañas para regular por esta vía materias específicas, derogar o introducir normas constitucionales o iniciar el proceso de refrendación popular con respecto a los temas más diversos. Desde 2015,

---

[9] Registraduría Nacional del Estado Civil, "Ocho comités de grupos significativos de ciudadanos alcanzaron el mínimo requerido de apoyos para inscribir candidatos a la presidencia", comunicado de prensa n.º 0003 de 2018, 16 de enero de 2018, https://bit.ly/2ReoRCX

la Registraduría da cuenta de 30 procesos de iniciativa legislativa ciudadana, de los cuales 4 fueron consultas populares de orden nacional, 13 iniciativas de ley ordinaria, 11 convocatorias a referendos constitucionales aprobatorios y 2 referendos constitucionales revocatorios. De todos ellos, solamente llegaron 3 iniciativas al Congreso, entre las cuales se encuentran el referendo aprobatorio de una norma constitucional que pretendía prohibir la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo y las iniciativas legislativas para resolver el problema de la tecnología utilizada para intermediar servicios de transporte privado tipo Uber y la iniciativa que buscaba crear el Ministerio de la Familia.

Se quedaron por el camino, por falta de apoyo, la iniciativa que pretendía convocar a los ciudadanos para introducir la norma constitucional de cadena perpetua para violadores de menores, aquella que buscaba ampliar la autonomía universitaria, varias que pedían constitucionalizar los acuerdos de La Habana y otras tantas en favor del agro y en aras de medidas más agresivas contra la corrupción, por solo mencionar algunos casos.

Hay que reconocer, sin ánimo de polemizar, que, en la mayoría de oportunidades, el instrumento de la iniciativa popular legislativa en todas sus versiones ha servido más a intereses políticos que para garantizar espacios reales de incidencia política a grupos organizados de ciudadanos. En la práctica, las iniciativas legislativas de carácter ciudadano se han convertido en un mecanismo de precampaña electoral y en una oportunidad para que los políticos de turno den visibilidad a sus aspiraciones electorales del futuro, sabiendo incluso que sus propuestas son constitucionalmente improcedentes, como aquella que buscaba revocar al Congreso, y que a la postre permitió que quien la promovía aspirara a un importante cargo de elección popular, que en la actualidad ejerce.

Para finalizar, y así entender también la posible orientación que tendrá este debate en el futuro, vale la pena recordar que en la reforma política que se archivó en diciembre de 2017, cuando se daba su último debate en el Senado, el artículo 2 del texto originalmente presentado decía que "para los mecanismos de participación de iniciativa ciudadana se podrán recolectar apoyos a través de medios digitales". No estaría demás que expertos en tecnologías de la información y la comunicación empezaran a ilustrarnos sobre la manera en que las TIC orientarán el desarrollo de los mecanismos de participación y cuáles pueden ser los efectos prácticos de estas tendencias irreversibles.

La revocatoria del mandato

Este mecanismo ciertamente se ha convertido de lejos en el de mayor incidencia entre los mecanismos de participación ciudadana, y en el último

año ha tenido un incremento cuantitativo muy significativo. Mientras que entre el año 1996 y el 2014 se iniciaron en Colombia 96 procesos, en el año 2017 se presentaron alrededor de 140 iniciativas de revocatoria de mandato, todas hasta ahora impulsadas sin éxito electoral y en contra de los mandatarios locales que se posesionaron en enero de 2016. En aquellos municipios en donde se cumplió el trámite y se realizaron elecciones, la abstención osciló entre el 78,06% y el 94,6%.[10]

Tal cual como sucede en materia de iniciativa legislativa, e independientemente de cualquier referencia particular, un observador objetivo debería fácilmente llegar a la conclusión de que la revocatoria del mandato, más que un ejercicio para hacer valer el voto programático y responsable a los mandatarios por aquel plan de gobierno que se comprometieron a desarrollar, se ha convertido, en no pocas oportunidades, en un instrumento de oposición, utilizado para obstaculizar al Gobierno de turno, desprestigiarlo, ganar visibilidad política y distraer la ejecución de tareas para las cuales ha sido elegido. La realidad política, además, nos enseña que, en las elecciones a cargos uninominales, asistimos a certámenes electorales en donde convergen más de tres candidatos de manera recurrente, con lo cual, aunque ganando, todos los mandatarios municipales llegan a su cargo en representación de una minoría, en relación con la totalidad de votos de su respectiva circunscripción electoral. Este fenómeno ha servido para que no en pocas oportunidades se haya presentado en el Congreso un proyecto de reforma constitucional en virtud del cual se establece la segunda vuelta electoral para las elecciones de distrito o capital de departamento.

La consulta popular

Con respecto a la consulta popular, valdría la pena dividir el análisis en dos periodos que con claridad marcan épocas completamente diferentes de un mismo mecanismo de participación ciudadana. La primera etapa, que llamaremos la etapa general, es aquella que se desarrolla entre 1998 y 2012, durante la cual se tramitaron 27 consultas populares. En este periodo, se preguntó a los ciudadanos sobre límites municipales, residuos sólidos y basuras, transporte —como el famoso Día sin Carro de Bogotá—,[11] la ubicación de colegios o estatuas y la conveniencia o inconveniencia de que determinados territorios se vincularan a áreas metropolitanas. El segundo periodo, comprendido entre 2013 y la actualidad, se caracteriza

---

[10] Juan Carlos Galindo Vacha, intervención en el XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional (Pasto, septiembre de 2017).

[11] Consulta popular celebrada el 29 de octubre del año 2000, en la que los bogotanos decidieron sobre la creación del Día sin Carro, que obtuvo cerca de 791 000 votos.

por la utilización casi exclusiva de la consulta popular para prohibir actividades energéticas, tales como la exploración y explotación de minas e hidrocarburos, así como la construcción de hidroeléctricas. Esta etapa, que denominaremos antienergética, tiene su origen en el municipio de Piedras, departamento del Tolima, cuando el 28 de julio de 2013 se desarrolló por primera vez este instrumento con los fines ya descritos. Desde entonces, la consulta popular, salvo, por supuesto, algunas excepciones, ha sido exclusivamente utilizada para intentar la prohibición de actividades extractivas en todos los municipios en donde ha sido propuesta. Luego de Piedras, siguió Tauramena (Casanare), más tarde Monterrey (Casanare) y después los municipios de Cumaral (Meta), Cajamarca (Tolima), Cabrera (Cundinamarca), Pijao (Quindío), Arbeláez (Cundinamarca), Jesús María (Santander); finalmente, en octubre de 2017, el municipio de Sucre (Santander) le dijo no a la minería. El promedio de participación de las siete consultas populares antienergéticas realizadas en 2017 fue del 41,7 %, en donde la que mayor apoyo popular obtuvo fue la de Jesús María, con el 53,02 % de los votos, y la de menor interés ciudadano fue la de Cajamarca, que contó con la participación del 38,6 % del censo electoral, apenas unos cientos de votos por encima del umbral requerido para su aprobación. En total, en estas consultas votaron 27 353 personas y se abstuvieron de hacerlo 32 259, de un potencial electoral de 59 612 personas.[12] Ahora bien, dentro de este porcentaje, quienes han votado en favor de la aprobación de la prohibición para la realización de actividades extractivas han sido, en todos los casos, apabullantes mayorías, todas con porcentajes por encima del 96 % de los votos. Lo anterior permite concluir que la estrategia electoral de quienes han quedado atrapados en el debate y tienen interés en la defensa de la realización de proyectos energéticos ha sido jugarle a la abstención, pretendiendo que las consultas populares no logren obtener el umbral requerido para su aprobación.

Así las cosas, el mecanismo de la consulta popular desde 2013 ha quedado capturado en el debate de política energética, y de contera ha venido sumando variables ambientales; económicas, con respecto a la apropiación de las regalías; de ordenamiento territorial, y de competencias entre los diferentes niveles territoriales y la nación. De acuerdo con reportes de prensa,[13] el año 2018 inició con 54 procesos de consulta popular en temas antienergéticos, y que no se sabe aún si se llevarán a cabo, dado que el Ministerio de Hacienda ha decidido suspender la financiación de estas

---

12 Registraduría Nacional del Estado Civil, Consulta Popular 2017, https://bit.ly/2EJKPYB

13 "El año arranca con 54 consultas pendientes contra minas y energía", *El Tiempo*, 17 de enero de 2018, https://bit.ly/2PvxT9B

actividades, alegando que los recursos deben provenir de los presupuestos territoriales.

En su conjunto, no cabe duda de que la consulta popular es el mecanismo de participación que ha suscitado mayores controversias durante los años anteriores. Su ejercicio ha avivado un debate político del orden nacional sobre el modelo económico colombiano, los alcances de las competencias territoriales para incidir en proyectos de interés nacional, así como para definir el uso del suelo, la seguridad jurídica, la propiedad de los recursos naturales no renovables, los derechos de los ciudadanos para participar de la definición de proyectos que inciden en las condiciones sociales, culturales, económicas y ambientales de su territorio y tantas otras cuestiones de no poca envergadura. Como es natural, esta situación ha significado un escenario de constantes tensiones entre derechos de orden constitucional, en donde la Corte Constitucional ha intervenido en varias oportunidades a través de pronunciamientos, que no han logrado brindar, con carácter definitivo, las claridades necesarias para delimitar lo que en materia de consultas antienergéticas es posible hacer y lo que está vedado, el procedimiento para concertar el avance o la paralización de los proyectos, el momento adecuado para hacerlo, las garantías de información necesarias para decidir, la responsabilidad sobre del efecto económico de las decisiones locales y la forma en que se concilian los derechos de los habitantes de las localidades en donde se desarrolla un proyecto minero o petrolero y los de aquellos que, por ejemplo, se beneficiarían de los recursos que provienen de las inversiones que con ocasión de la paralización de los proyectos se dejarían de recibir en regalías. También a su manera, y desde su propia competencia, han intervenido de manera recurrente y no siempre ordenada en el debate la Procuraduría General de la Nación, el Consejo de Estado, la Agencia Jurídica de Defensa del Estado y el Gobierno nacional.

El enfoque prohibicionista que ha supuesto la etapa antienergética de las consultas populares ha venido cautelosamente también buscando extenderse en los territorios a otros sectores productivos, que generan, como cualquiera, impactos en el territorio, en la cultura y en la actividad económica de determinada zona. En algunos municipios, el debate se traslada ya a temas agropecuarios, en donde la presunta contaminación ambiental y los malos olores de algunas actividades pecuarias empiezan a servir de excusa para iniciar procesos de consulta popular que prohíban también este tipo de actividades.

Claro está, la Corte Constitucional ha hecho referencia a algunos de estos temas, y en particular ha desarrollado jurisprudencia que contribuye a comprender la forma en que deben operar las consultas populares antienergéticas. En diversas sentencias se ha ocupado de la definición del

régimen legal de los recursos naturales no renovables[14] y de la competencia constitucional en cabeza del Congreso para definir por vía legal las condiciones en virtud de las cuales es posible explotar estos recursos;[15] de la competencia de las autoridades territoriales para reglamentar el uso del suelo y definir de manera ponderada, justa y equilibrada los conflictos que surjan a partir del ordenamiento territorial;[16] de la importancia de interpretar las consultas en el marco del concepto de Estado unitario, consagrado en la Constitución, así como también de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad y de la manera en que debe articularse la normatividad relativa al ordenamiento territorial en el orden local.[17]

Asimismo, y como sucede con todos y cada uno de los derechos consagrados en la Constitución, el ejercicio democrático de la consulta popular tiene límites y prohibiciones.[18] De este modo se han enunciado asuntos que en razón de la competencia (entidad territorial, por ejemplo), de las formalidades legales o de su materia específica (reforma constitucional o eliminación de derechos o garantías constitucionales) no pueden ser objeto de consulta ciudadana.

El cabildo abierto

No podríamos dejar sin comentar, aunque brevemente, algunos aspectos relativos al cabildo abierto; el mecanismo percibido como menos relevante a la hora de hacer valer de manera vinculante la participación ciudadana en las decisiones de las autoridades en los diferentes niveles territoriales. A pesar de lo anterior, el cabildo abierto es presumiblemente el mecanismo de participación más utilizado de todos. Habiendo hecho un ejercicio de arqueología investigativa en la materia, encontramos que en el 2009 y en el 2010 se realizaron al menos cinco ejercicios anuales en seis ciudades de Colombia, mientras que en el año 2013 fueron 73 los cabildos que fueron convocados.[19] Los temas de esos encuentros ciudadanos fueron innumerables y la mayoría de ellos superaron los umbrales necesarios para su convocatoria. Se desconoce el resultado material de la participación a través de este mecanismo, así como también el número de ciudadanos que asistieron o participaron en él.

---

14 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-983/10 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

15 Ibíd.

16 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-123/14 (M. P. Alberto Rojas Ríos).

17 Ibíd.

18 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-127/04 (M. P. Alberto Beltrán Sierra).

19 Registraduría Nacional del Estado Civil, Histórico de Solicitudes de Cabildo Abierto, https://bit.ly/2QKKStz

Recientemente, el cabildo abierto de mayor relevancia mediática fue el realizado a principios del año 2017, convocado por un grupo sindical que se oponía a la venta de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB), enajenación que había sido aprobada en el Concejo Distrital dentro del Acuerdo del Plan Distrital de Desarrollo. En este caso, la utilización de este mecanismo pareció algo extraña desde un primer momento, en tanto que se realizó de manera extemporánea, tiempo después de que la venta ya estuviera aprobada por el Concejo y con la intencionalidad de reversar la decisión y derogar la norma que la autorizaba.[20]

La consulta previa

Y si con relación a las consultas populares se ha visto de todo, o casi de todo, en los años anteriores, en materia de consultas previas como requisito para la realización de proyectos de infraestructura, minería o hidrocarburos, que afectan a comunidades, este año 2017 que terminó no fue la diferencia. La consulta previa en Colombia sin duda ha alcanzado niveles de realización inusitados, y desde hace ya varios años se debate con intensidad la necesidad de una norma que ponga en cintura un mecanismo que ciertamente está siendo utilizado en muchos casos, aunque no en todos, de manera abusiva, con intencionalidad política y con pretensiones económicas que van más allá de su contenido como derecho fundamental. Si bien, la obligación de realizar la consulta previa está reconocida constitucionalmente, el posible abuso del mecanismo salta a la vista cuando se compara la experiencia colombiana con aquella que han tenido otros países respecto del mismo tema y en virtud de idéntica obligación internacional, emanada del Acuerdo 169 de la OIT de 1989. Informaciones encontradas, algunas veces contradictorias y un tanto desordenadas (aunque refiriendo fuentes oficiales), sostienen, por ejemplo, que en Colombia se presentan anualmente cerca de 1000 solicitudes de consulta previa, mientras que en el Perú tan solo 19.[21] Otras fuentes afirman que hasta diciembre de 2014 en nuestro país se habían realizado 4496 procesos de consulta previa, mientras que en Chile fueron 32, en Perú 28 y en Bolivia 40.[22] A pesar de la inconsistencia de la información, el diagnóstico parece estar decantado en cuanto a la

---

20 "Si los sindicatos querían frenar la decisión a través de un mecanismo de participación, tal vez el cabildo no fue la mejor opción". "Promotor de la revocatoria a Peñalosa fue multado por interrumpir cabildo de la ETB", *El Espectador*, 7 de marzo de 2017, https://bit.ly/2BFTY0y

21 "Consultas previas al paredón: Gobierno busca fijar reglas claras", *Revista Dinero*, 6 de agosto de 2017, https://bit.ly/2t2JNNs

22 Ramiro Bejarano, "Ambientalistas extremos VII", *El Espectador*, 22 de julio de 2017, https://bit.ly/2T4Wcxt

necesaria expedición de una ley estatutaria que reglamente integralmente la materia y no solo establezca reglas claras para la realización.

Un caso complejo para la Corte Constitucional fue la Sentencia SU133 de 2017 (Marmato),[23] en donde, entre otras cosas, se falló ordenando suspender un amparo administrativo e imponiendo en favor de comunidades sobrevinientes no ancestrales una consulta previa retroactiva en relación con la explotación de oro en el cerro El Burro; actividad que venía siendo realizada, con título minero y licencia ambiental vigente, desde antes de que existiera siquiera presencia física de los reclamantes del derecho de consulta.

En esa sentencia, el contenido de mayor relevancia estriba en que podría interpretarse que resulta procedente la realización de consultas previas con relación a situaciones emergentes, es decir, la introducción en la práctica ya no de nuevas reglas para las consultas previas, sino la creación de "consultas posteriores"; esto es, de espacios de participación que por su naturaleza podrían entonces en cualquier momento suspender las obras o los trabajos propios de un proyecto en marcha.

Para terminar con este asunto sobre la consulta previa, que sin duda ha sido objeto de cientos o quizás miles de páginas de análisis, quiero terminar transcribiendo el salvamento de voto de la sentencia referida en este acápite, en tanto considero que resulta verdaderamente elocuente frente a los efectos de la decisión mayoritaria de la Corte:

> No se explica cómo frente a actos jurídicos consolidados con anterioridad, como lo son i) la celebración del contrato de cesión suscrito entre particulares en el año 2007; ii) el cierre de la mina Villonza en el año 2008 y iii) la constitución de Asomitrama en el 2012, la mayoría de la Sala Plena de esta Corte haya decidido ordenar retroactivamente la creación de una instancia de participación por la escasez de oportunidades de trabajo ocurridos en el año 2011, en contravención de lo dispuesto en el Convenio 169 OIT y toda la jurisprudencia constitucional sobre la naturaleza "previa" del derecho fundamental de la consulta previa.[24]

Son varias por supuesto las conclusiones que podrían extraerse de lo dicho hasta entonces en el presente documento. En primer lugar, es evidente que asistimos a un incremento sustancial en la utilización de los mecanismos de participación ciudadana y que esto está planteando retos que resulta perentorio empezar a comprender, para adecuarlos a los nuevos desafíos que estamos enfrentando. No se trata pues de la discusión simplista, con raíces populistas, según la cual unos cuantos quieren eliminar

---

23 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU133/17 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

24 Ibíd., salvamento de voto.

de tajo los mecanismos ciudadanos porque andan temerosos de que estos pongan fin a su dominio institucional y a la captura del Estado por parte de grupos de interés. El tema es más profundo y la discusión es más madura. Se trata de hacer un diagnóstico objetivo, que aporte soluciones para encauzar el rumbo de una serie de instrumentos que se extraviaron en algún momento y hoy plantean disputas aparentemente irresolubles que generan perjuicios irreparables, crean conflictos y erosionan la credibilidad institucional. La crítica pues no implica una propuesta de eliminación, sino de adecuación profunda para que puedan alinearse con aquellos objetivos para los cuales fueron incorporados en la Constitución de 1991. Como hemos visto hasta aquí, muchos de los mecanismos de participación se están desnaturalizando, están siendo capturados por agendas políticas, no tienen coherencia con sus fines y en múltiples ocasiones son utilizados con objetivos abusivos. De alguna forma, la situación actual respecto de los mecanismos de participación parece la expresión de un sistema político bloqueado, golpeado por el desprestigio de tantos años de desgaste e inconformidad social.

Ahora bien, es menester también analizar la realidad de los mecanismos e instrumentos de participación ciudadana en un contexto nacional y local en el que la institucionalidad viene siendo objeto de creciente desprestigio. En general los ciudadanos están viviendo en un estado casi crónico de desconfianza e incredulidad, en el cual sus expectativas progresivamente ascendentes no han podido resolverse de manera satisfactoria por quienes tienen la responsabilidad de prestar bienes y servicios, resolver controversias, garantizar derechos e integrar a los excluidos a los canales de oportunidades que brindan los programas oficiales.

En razón a lo anterior, y aunque esta situación es casi un hecho notorio, valdría la pena recordar que la participación ciudadana en materia política, más allá de los mecanismos de participación ciudadana que hemos evaluado hasta ahora, es bastante baja, por no decir precaria. En las elecciones presidenciales de 2014 tan solo participó el 47 % de los ciudadanos habilitados para votar, un 0,9 % más que en las del Congreso en el mismo año. El plebiscito de 2016, que se realizó tal vez con una de las campañas más intensas de la historia de Colombia por el tema en cuestión y por cuanto en ella participaron los líderes más representativos del país, apenas logró motivar al 37 % de los electores. En promedio, 19 millones de personas se quedan sin votar en cada jornada electoral, simplemente porque genuinamente creen que el ejercicio del sufragio nada cambia en relación con su existencia y que el voto es apenas una formalidad intrascendente.

Pero no solo el desinterés de la ciudadanía respecto de nuestras instituciones resulta preocupante. De forma sistemática, desde hace algunos años para acá, el sótano de las mediciones de opinión está ocupado por

las entidades que conforman las tres ramas del poder público, es decir, por instituciones derivadas, constituidas con ocasión de los mandatos constitucionales y legales.

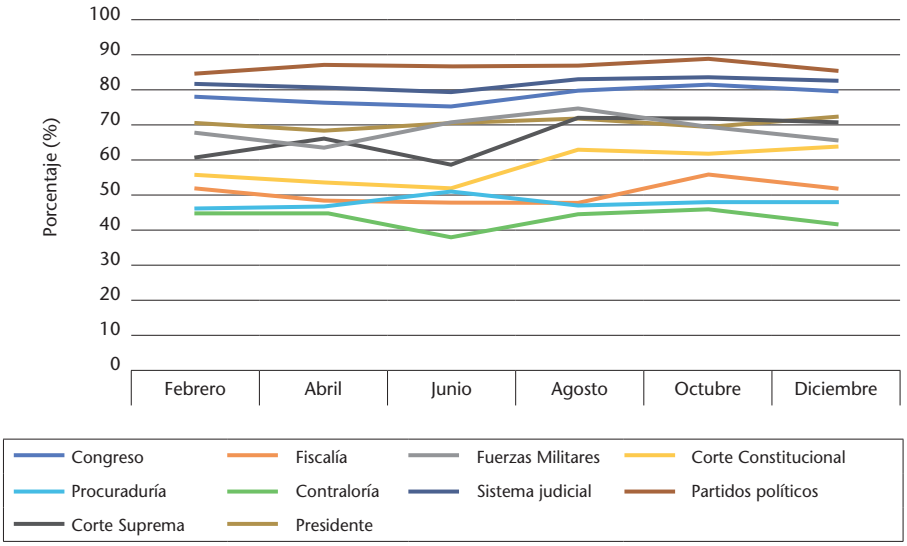

Figura 2. Desaprobación de las instituciones
Fuente: Invamer Gallup (2017).

La figura 2 muestra de manera angustiante aquello a lo que estamos haciendo referencia, y la consecuencia práctica en la manera de pensar del ciudadano respecto de las instituciones es apenas obvia: para él, cualquier cosa que pretermita su intermediación, que excluya su intervención, que limite su poder, ha de resultar siempre bienvenida. Estamos pues asistiendo, como consecuencia de la falta de credibilidad, competencia y eficacia de los poderes constituidos, a una crisis de representación que se concreta en el interés ciudadano para encontrar opciones que le permitan acceder al poder o tramitar sus preocupaciones por vías alternativas. No es pues circunstancial ni gratuito que la explosión en el uso de los mecanismos de participación se presente en un momento de erosión y dificultades institucionales. Tampoco es afortunado que muchos de estos mecanismos se empiecen a interpretar y percibir como instrumentos para desafiar y retar a las entidades en sus decisiones y en sus competencias cuando estas les generan tan poca confianza y credibilidad. Y es que no siempre votar o participar es sinónimo de democracia; solo es así cuando se efectúa de acuerdo con la ley y en el marco del respeto de la Constitución. Pero el

peligro del abuso existe, y el populismo, como la captura de los mecanismos de participación por intereses privados no son un invento en virtud del cual no resulte pertinente establecer algunas precauciones y garantías institucionales.

Aunque el balance cualitativo de los mecanismos de participación puede inicialmente parecer alentador, la verdad es que resulta complejo encontrar de qué manera esta tendencia expansiva está contribuyendo a que Colombia sea más democrática y segura, los colombianos menos pobres, el ambiente más protegido, el diálogo político más fluido y las instituciones más robustas. Todo lo contrario. El incremento en el uso de los mecanismos de participación ciudadana, en cierta medida, parece estar íntimamente ligado a su abuso, y lamentable es tener que reconocerlo, en algunas ocasiones nos está haciendo más pobres e inequitativos, ha creado rentas ilegales, nos está arrebatando oportunidades de desarrollo e incentiva la conflictividad social en los territorios.

Por estas razones, valdría la pena dedicar algún esfuerzo sistemático que permita analizar a fondo los límites y reglas de los ejercicios de participación y con ocasión a ello introducir las correcciones necesarias. Buscar la manera en que estos mecanismos sean utilizados en el marco de una estrategia de fortalecimiento institucional es imperativo, para que su utilización en vez de acelerar el desgaste y desprestigio de las instituciones las proteja, las acerque al ciudadano y, claro está, las legitime. Nos guste o no, la democracia representativa, no puede derogarse ni desconocerse, y mucho menos sustituirse integralmente por la participación directa, sin intermediarios de los ciudadanos. No hay gobierno posible sin representantes, ni tampoco las mayorías tienen un poder omnímodo, capaz de suplantar el mandato de la ley ejercido a través de sus instituciones.

Por razones técnicas, por ejemplo, el licenciamiento ambiental que evalúa la conveniencia de proyectos energéticos y su impacto en el medio ambiente no puede delegarse en decisiones apasionadas de orden popular; como tampoco es conveniente ni posible derogar tácitamente, municipio por municipio, por mayorías circunstanciales y transitorias, todo el concepto de ordenamiento territorial que integra parámetros, orientaciones y evaluaciones de orden demográfico, urbanístico, rural, ecológico, biofísico, social y económico, entre otras cosas. ¿En qué momento se perdió el equilibrio necesario para garantizar que quien habita en un lugar rico en recursos naturales no renovables tenga una compensación justa, al mismo tiempo que el resto de colombianos puedan disfrutar de los beneficios derivados de las inversiones pertinentes de los recursos de las regalías? ¿En qué momento Colombia permitió la privatización de los recursos naturales no renovables por parte de quienes tuvieron la suerte o el infortunio de habitar sobre ellos? ¿Cuándo fue que se confundió la

idea de que una comunidad afectada por determinado proyecto ya no solo podría participar y articular soluciones para gestionar adecuadamente su impacto, sino también vetarlo en cualquier tiempo y sin oír razones, en detrimento del resto de los colombianos? ¿Cómo es que opera el principio de solidaridad cuando habitantes de un municipio petrolero, por ejemplo, deciden prohibir la actividad extractiva, pero al mismo tiempo siguen demandando inversiones provenientes de las regalías?

¿Es acaso viable la buena marcha de la administración municipal, aquella más próxima al ciudadano, cuando casi de manera automática se dispara la revocatoria del mandato del alcalde, promovida por la oposición política de turno apenas se cumple el primer año de mandato? ¿Resulta conveniente distraer al gobernante en cuestiones políticas en vez de permitir que se concentre en tareas de su gobierno? ¿Acaso eso no contribuye a también a la clientelización de la administración local, al peculado por destinación y al desorden institucional?

¿Será que la participación política directa es en extremo tan conveniente, que la sustitución de los partidos políticos de manera material, aunque formalmente sigan existiendo, es un propósito de orden constitucional? ¿Cómo vamos a evitar vaciar la competencia de los legisladores para presentar proyectos de ley o actos legislativos, cuando ello pueda hacerse virtualmente, viralizando iniciativas ciudadanas y recogiendo firmas encriptadas de manera masiva, prácticamente gratuita y en tiempo *record*?

La verdad es que Colombia requiere que el Congreso actúe en este asunto con menos retórica garantista y se aplique en la definición de reglas claras de juego, que sirvan para precisar, con base en el interés general, el ejercicio adecuado, responsable y eficaz de los derechos de participación ciudadana en el marco de una democracia que no puede renunciar y prescindir de sus instituciones de carácter derivado. Y esto es necesario porque, la verdad sea dicha, mencionar tan solo que los mecanismos de participación deben ejercerse en el marco de la Constitución y de acuerdo con los formalismos que establece la ley hace rato hizo agua, y el debate práctico plantea tensiones constitucionales entre derechos ciudadanos y competencias institucionales que no pueden resolverse apelando a más generalidades y frases de cajón. Resulta, por ejemplo, urgente ampliar el concepto de comunidades afectadas por proyectos, integrando no solo a quienes tienen presencia contigua al proyecto sobre el cual se adelantan las consultas, sino también a quienes necesitan los recursos derivados de los proyectos o dependen de la conectividad que brinda determinada iniciativa. Es tan urgente precisar el momento conveniente para realizar las consultas populares como también jugar más limpio en relación con la información disponible en aquellas circunstancias. Es necesario garantizar

la continuidad de las administraciones territoriales, impidiendo la obstaculización sistemática por la vía de la revocatoria del mandato, tal vez permitiendo su procedencia por razones claramente acotadas en la ley, respecto de los asuntos más importantes en las promesas de campaña.

Y claramente, es conveniente y necesario que la Corte Constitucional contribuya en el propósito de dar sentido a los mecanismos de participación en razón a su propósito originario y proponga instrumentos ágiles de ponderación de derechos y armonización de intereses para permitir que la participación se produzca sin la correlativa erosión institucional, que parece ser la principal víctima del abuso del derecho a participar. Respetuosamente vale la pena sugerir a la corporación que no tema ser más concreta, más concisa y más precisa en la fijación de reglas para un ejercicio responsable de los mecanismos de participación, incluso si esto la hace víctima de las críticas de algunos extremistas, que están interesados en deslegitimar a las instituciones y sus decisiones a través de una concepción totalitaria de los mecanismos de participación ciudadana, una noción equivocada del derecho a participar que no conoce límites.

Es hora de actuar y convertir los mecanismos de participación ciudadana en instrumentos que contribuyan a sanar las dificultades institucionales, el desgaste y la incredulidad de nuestra democracia.

Estudios de eficacia e impacto de las decisiones judiciales. Democracia y participación

JUAN CARLOS GALINDO VACHA*

Primero que todo, un cordial saludo a todos ustedes, asistentes al XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, a su presidente, a todos y cada uno de los magistrados de la Corte Constitucional y a mis compañeros de panel.

Sin ponernos de acuerdo previamente sobre el orden de las intervenciones, creo yo que han tenido un hilo conductor muy importante. En primer lugar, el doctor Lizarazo hizo la presentación de un marco teórico muy claro desde la Constitución hacia los pronunciamientos jurisdiccionales de la propia entidad en lo que tiene que ver con la participación. El doctor Esguerra luego realizó un análisis, partiendo de la Constitución, sobre el concepto de democracia y lo que significa dentro de ella el derecho de deliberación, el derecho de las minorías y el derecho a la participación; y la doctora Rodríguez luego efectuó ya un análisis de lo que han sido esos pronunciamientos de la Corte Constitucional en temas de participación. Mi intervención se centrará en descender de lo teórico a lo práctico. Veamos entonces qué es lo que ha venido pasando en el país en estos últimos años en lo que tiene que ver con la participación ciudadana, porque debemos

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, magíster en Derecho y Economía de Seguros de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica). Fue magistrado auxiliar de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y procurador delegado ante las secciones Tercera y Quinta del Consejo de Estado. Actualmente es el registrador nacional del Estado civil y también se desempeña como profesor en su alma máter. Ha redactado varios libros y artículos jurídicos, tales como: "Derecho europeo de sociedades", "Amparos y cobertura de la salud" y "Hacia un derecho electoral".

iniciar, y los invito desde ya, a hacer un profundo análisis de lo que ha venido sucediendo con esa participación, para que luego, una vez transcurran estos procesos electorales del 2018, el país entre en una reflexión sobre hacia dónde debemos enfocar esa participación política. Voy a hacer inicialmente un análisis cuantitativo de lo que ha sido la participación en Colombia. En primer lugar, los procesos electorales y los procesos de elección de representantes populares se enfrentan a una problemática que vivimos en el día a día, que es la contracara de la participación, la abstención. Veamos que si analizamos los procesos de elección de presidente de la República desde el año 1990 hasta el 2014, la abstención en dichos procesos ha rondado entre el 44% y el 66% en primera vuelta; y en segunda vuelta ha estado entre el 36% y el 59%. En elecciones de Cámara de Representantes la abstención ha rondado entre el 45% y el 59%; en elecciones del Senado de la República, ha estado entre el 45% y el 63%; en elecciones territoriales es en donde ha tenido el menor impacto, pues hay una mayor participación, muy seguramente porque los intereses que se debaten en estas elecciones son cercanos a los ciudadanos; en elecciones de gobernadores, se ha situado entre el 38% y el 58%; en elección de asambleas ha estado entre el 39% y el 52%; en concejos municipales se ha dado entre el 41% y el 54%, y en alcaldías entre 40% y 57%. Fijémonos aquí que la mayor abstención ha estado en las primeras vueltas de elecciones presidenciales y la menor se ha visto en la segunda vuelta de estas.

Pero pasemos a ese otro escenario, el de los mecanismos de participación ciudadana que fueron incorporados gracias a la Constitución de 1991, en ese tránsito tan fundamental pero tan importante que fue el paso de la democracia representativa a la participativa. En consultas populares, hasta este momento, se han tenido 38 solicitudes, de las cuales 19 no pasaron el umbral establecido. En este mecanismo de participación hubo una abstención entre el 42% y el 82%. En el plebiscito para la paz, realizado en el año 2016, hubo una participación del 37,43% y una abstención del 62,57%. En el referéndum realizado en el año 2003, de las 10 preguntas realizadas, solo una pasó el umbral del 25%, las demás quedaron entre el 23% y el 24%, sin traspasar el mínimo para poder ser contabilizadas. En el año 2016, en Guachené (Cauca), hubo una votación que tuvo una magnífica participación del 88,11%. Para el año 2017 se han presentado 13 solicitudes de referéndum, contando las solicitudes presentadas al día.

En cuanto a las revocatorias de mandato, entre el año 1996 y el 2014, se presentaron 57 solicitudes, y todas ellas llegaron a elecciones. En el año 2017, se han recibido 140 solicitudes de revocatoria del mandato, y en todas las revocatorias realizadas, la abstención ha rondado entre el 78,06% y el 94,66%. Esto definitivamente debe llevar a un análisis sobre qué es lo que está sucediendo con estos mecanismos que están en manos

de los ciudadanos. Pero adicionalmente, si se quiere analizar la participación ciudadana, se debe verificar una nueva forma que se está viendo para estas próximas elecciones de Congreso y de presidente de la República: las solicitudes ciudadanas para inscribir candidatos a la Presidencia de la República, a la Cámara y al Senado por medio de firmas. Hasta el año 2014, se habían recibido 14 solicitudes de inscripción de candidaturas por firmas, de las cuales se llevaron a efecto 2. En el año 2017, al día, han sido recibidas 32 solicitudes de inscripción por firmas para la Presidencia de la República, 31 solicitudes de inscripción de listas por firmas para el Senado y 58 solicitudes de inscripción de candidaturas por firmas para la Cámara de Representantes. Esto también merece un análisis sobre qué es lo que está sucediendo.

Sin embargo, no solamente quiero traerles este análisis sobre qué está ocurriendo en el país en cuanto a la participación y a la abstención. En el curso de mis tareas como registrador nacional del Estado civil, estamos llevando a cabo un proyecto llamado Todos Somos Democracia, buscando fomentar valores cívicos y democráticos en la juventud, porque pensamos que es la gran apuesta para fortalecer nuestra sociedad y nuestra democracia, y en él estamos desarrollando diferentes programas dirigidos a toda la juventud, y por eso celebro aquí la presencia de tanta juventud. Hemos llevado a cabo cerca de 17 conversatorios en diferentes universidades del país, en las cuales el registrador entra en contacto con los estudiantes universitarios para escuchar sus inquietudes sobre lo que está pasando. En los procesos electorales, se pudo observar que la mayor abstención se ve en la juventud; la juventud participa menos en los procesos electorales, y justamente viendo eso hemos buscado dialogar con los jóvenes para ver qué es lo que está sucediendo. ¿Y qué hemos visto? Apatía, desinterés, rechazo al sistema, rechazo a los partidos, a la corrupción, y en algunos de esos escenarios les cuento que me he sentido triste, porque estoy viendo una juventud abatida, que se siente derrotada, diciendo "por más que queramos hacer cosas, no las podemos hacer, el sistema no nos deja", a lo cual yo les respondo: "Señores, no podemos perder la fe, ni podemos perder la esperanza, no podemos perder el optimismo, a pesar de todos los problemas, tenemos que seguir fortaleciendo la sociedad y robusteciendo la democracia". Necesitamos que la juventud, que es el presente y el futuro de Colombia asuma las banderas de la participación, para legitimar aún más las decisiones de la ciudadanía, para fortalecer nuestras instituciones y para derrotar los grandes problemas que estamos enfrentando en Colombia.

Muchas gracias.

El papel de la Corte Constitucional en la consolidación de la democracia en la Constitución de 1991

JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO*

Buenas tardes a todos.
Señor presidente de la Corte Constitucional, señor presidente del Congreso de la República, señores magistrados de la Corte Constitucional y de las altas cortes, muy apreciados colegas, compañeros de panel, señoras, señores, Nicolás:

Sea lo primero expresar mi profundo agradecimiento por esta honrosa invitación a participar como panelista en este nuevo encuentro de la jurisdicción constitucional, que esta vez se celebra en la ciudad de Pasto.

Antes de entrar en materia, comienzo por decir que, como buena parte de los colombianos de nuestra profesión, últimamente he venido padeciendo un tremendo dolor de abogado y uno de patria por las tristes razones de todos conocidas, que hoy, sin embargo, ha comenzado a aliviar en parte lo que he visto y escuchado en el ambiente de este reconfortante y estimulante foro. En particular, su discurso de esta mañana, señor presidente de la Corte, porque permite pensar, con optimismo, que las cosas han de mejorar y que los aquí presentes y las instituciones que aquí están representadas estamos empeñados —cada uno en lo suyo— en andar el camino de procurar su mejora.

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Ciencias Socioeconómicas de la misma universidad y magíster en Derecho de la Universidad de Cornell (Estados Unidos). Fue secretario general y viceministro de Comunicaciones, delegatario a la Asamblea Nacional Constituyente, ministro de Defensa Nacional, embajador de Colombia ante el Gobierno de los Estados Unidos y ministro de Justicia y del Derecho. Asimismo, ha estado dedicado a la consultoría, litigios y arbitrajes nacionales e internacionales, es profesor de la Pontificia Universidad Javeriana y autor del libro *La protección constitucional del ciudadano* (Bogotá: Legis, 2005).

Dos cosas adicionales quiero destacar preliminarmente: la primera, que el doctor Sánchez, en sus palabras de hace un rato, cuando hizo referencia al proceso de la génesis de la acción de tutela, que nació, en efecto, en la Constitución de 1991, no dijo —porque no tenía por qué saberlo, y no tenía por qué saberlo porque esta tierra pastusa, que ha sido cuna de enorme sabiduría para el país entero, lo ha sido siempre con admirable discreción; como prueba de las dos cosas, voy a agregar algo que poco se conoce a eso que nos dijo el doctor Sánchez— que así como es verdad que la acción de tutela nació y fue moldeada en la Constitución de 1991, debe saberse también que el autor del nombre de la acción de tutela es Luis Guillermo Guerrero Pérez, hoy presidente de la Corte Constitucional y un formidable jurista oriundo de Pasto. En efecto, cuando nos hallábamos en el proceso de definirla y delinearla, llegamos a la conclusión, sin renegar, porque no podíamos renegar, de su ancestro mexicano y de la relación directa que tiene con la acción o derecho de amparo, que a la vez queríamos resaltar unas características especiales —algunas de las cuales se han olvidado— y algunas especificidades propias de la acción de tutela que la hacen un tanto distinta del amparo. La más destacada que queríamos subrayar era que ante todo no se trataba de todo un género de instrumentos de protección de los derechos, sino de uno muy puntual, cuyo fin era tutelar aquellos que no contaran en absoluto con otro medio de protección. La idea era evitar choques entre ella y aquellos mecanismos ya existentes, probados y aclimatados en nuestro ordenamiento jurídico o nacidos en él.

En ese punto nos dimos, con Luis Guillermo, a la tarea de buscarle un nombre que sirviera para destacar lo esencial del género, a la vez que el carácter específico de la institución que proponíamos. Él, luego de pensarlo, propuso el nombre de *tutela*. Lo demás es la maravillosa historia que conocemos y también sus pocos inconvenientes.

Lo otro que quiero destacar antes de entrar en materia, es un reconocimiento que quiero hacer y que hago desde el fondo del alma. En los veintiséis años transcurridos desde cuando se promulgó la Constitución de 1991, no ha habido en la República de Colombia una sola institución, un solo órgano del poder que haya hecho por el desarrollo y la efectividad de la Constitución lo que ha hecho la Corte Constitucional. No hay duda de que el país tiene una enorme deuda de gratitud con la Corte Constitucional. Al mismo tiempo, debo decir, con todo respeto pero con firmeza, que, en cambio, el Congreso de la República está en deuda con la Constitución de 1991, porque no son pocos los preceptos de la carta que aún no han tenido el necesario desarrollo legislativo. Al Ejecutivo también le ha faltado poner de su parte en ciertos campos, y hasta los ciudadanos estamos un tanto en deuda con su concepción ética y con su espíritu. Por eso quiero darle hoy especiales gracias a la Corte Constitucional.

Y, entrando en materia, comienzo con un planteamiento que parecerá un poco absurdo. Si imagináramos que estamos en un salón de clase y que yo les pidiera a los presentes que levantaran la mano si saben qué es la democracia, no quedaría una mano sin levantar. Todos consideramos saberlo unívocamente y con toda claridad. Pero, si a renglón seguido, les pidiera definir la democracia, estoy seguro de que habría casi tantas definiciones distintas como presentes. Algún autor colombiano que se dio a la tarea recientemente hizo una estadística y concluyó que existen más de 550 definiciones de la democracia en el mundo. Él no lo dijo, pero yo agrego que muy probablemente todas ellas son ciertas, al menos parcialmente.

Ahora, ¿qué democracia tenemos nosotros? La que define la Constitución. Una democracia que entre nosotros se izó desde la primera de las nueve constituciones nacionales que llevamos. Curiosamente, en las ocho primeras, e incluso desde la de Cundinamarca, de 1811, la democracia que se proclamó fue la representativa y no la participativa, con todo y que su primera expresión real entre nosotros tuvo lugar por la vía del cabildo abierto del 20 de julio de 1810, que fue un acto de democracia participativa pura. Efectivamente, si miramos los mecanismos de participación democrática que señala concretamente la actual Constitución, a saber: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato, encontramos que cinco de esos siete tuvieron lugar ese viernes 20 de julio, día de mercado en Santa Fe de Bogotá, cuando crecientemente fue alzándose la voz popular que decía: "¡Queremos cabildo abierto!". Ese día todo cambió entre nosotros en materia de democracia.

Con todo, pasada esa fecha, nos olvidamos de esas expresiones de democracia participativa e instituimos una democracia meramente representativa, con todo y sus bondades, pero también con sus limitaciones, hasta cuando vino la Constitución de 1991, que en buena hora pasó a hablar de la democracia participativa. Lo que no significa decir que borró la democracia representativa. De nuevo, gracias a la Corte Constitucional ha podido ser una innegable realidad que una y otra sigan izadas a plena asta y convivan armónicamente, como corresponde.

En unas sentencias recientes de la Corte Constitucional se habló de la democracia representativa y se exaltaron los elementos que ella debe tener, diciendo que, en una democracia como la nuestra, debe haber no solo el voto por quienes van a integrar los cuerpos representativos, que en esa condición ejercen parte importante del poder, sino, antes del voto, la deliberación, que es fundamental como instrumento de algo que también trajo a nosotros la Constitución del 91 cuando estableció que la democracia participativa es también el respeto por las minorías. Para que este se dé, es indispensable que haya deliberación, con el fin de que todos sean oídos, los

unos y los otros, los tirios y lo troyanos, y solo después se tome finalmente una determinación, cualquiera que sea. Por otro lado, hay determinaciones que no pueden ser tomadas en Colombia, ni siquiera por la mayoría, eso también es respeto a las minorías y también es democracia.

Señalaba, en algunas de sus obras formidables, el autor noruego Jon Elster que la democracia debe ser también un instrumento que permita proteger a las mayorías de ellas mismas, lo que parece una contradicción en principio. Proteger a las mayorías de sus pasiones de hoy para evitar sus equivocaciones y sus arrepentimientos de mañana. Eso ha hecho que se exalte el valor que tienen en una democracia participativa y representativa las minorías, y la necesidad de tutelar sus derechos y de respetar su ser, sus opiniones y su papel. Lo cual nos lleva entonces a las discusiones que han venido teniendo lugar acerca de las expresiones democráticas en las regiones. ¡Bienvenidas! En la medida en que permitan la expresión de la voluntad de los lugareños, pero cuando se afectan los intereses de todos hay que volver por otro precepto constitucional: que el último fin es el interés colectivo. Por supuesto, a partir de la idea fundamental de la dignidad humana, que es, además, lo que expresa la propia democracia. La democracia es expresión de autonomía personal, de autodeterminación para el autogobierno, y la autodeterminación es propia de la persona humana y de la dignidad humana.

Por supuesto, no le han faltado críticas ni críticos a la democracia. Tampoco quienes la han exaltado por el camino de la crítica aparente, como Churchill, cuando dijo que la democracia es el peor de todos los sistemas políticos, con excepción de todos los demás. Tenía razón, porque con ello estaba destacando los defectos que sin duda tiene la democracia, los inconvenientes que tiene, los riesgos que apareja y que deben tenerse en consideración, pero al mismo tiempo resaltando que el ser humano no ha inventado una forma de gobierno, de decisión de sus propios asuntos, de conducción de sus propias cosas, en el marco de los de sus congéneres, que tenga las bondades de la democracia.

El gran Bobbio señaló, en alguna oportunidad, con razón, que el peor enemigo de la democracia es el exceso de democracia. Por supuesto no para significar que mucha democracia sea mala por su cantidad, sino que, en materia de democracia, mucha se opone a demasiada. Que ella debe manejarse dentro de ciertos conceptos y límites.

En mi opinión, y con esto termino, creo que podríamos reducir todo lo que haya que decir en materia de democracia a una simple frase: democracia en el marco del Estado de derecho, y Estado de derecho en el marco de la democracia.

Muchas gracias.

El impacto de veinticinco años de jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre participación y democracia

DIANA RODRÍGUEZ FRANCO*

En sus veinticinco años, la Corte Constitucional ha expedido numerosas sentencias sobre participación ciudadana y democracia.[1] ¿Cuáles han sido

* Investigadora de Dejusticia y profesora de la Universidad de los Andes. Agradezco a Vanessa Daza, Helena Durán y Daniela García por su apoyo en la elaboración del texto.

1 Con *participación ciudadana* no me refiero únicamente a las sentencias sobre los mecanismos de participación enumerados en el artículo 103 de la Constitución política, sino que incluyo otros mecanismos o derechos, como la consulta previa, que facilitan la participación. Algunas de esas sentencias son: la Sentencia C-535/96 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), sobre consulta previa para comunidades indígenas y daños ambientales irreversibles; la Sentencia C-385/97 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), sobre iniciativas legislativas como derecho fundamental; la Sentencia T-1322/00 (M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez), sobre veedurías ciudadanas y acceso a la información; la Sentencia SU1122/01 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett), sobre referendo y expansión democrática; la Sentencia T-637/01 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), sobre cabildo abierto y foros cívicos; las sentencias C-418/02, T-955/003 y SU383/03 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), sobre consulta previa en asuntos de minería, explotación de recursos naturales y aspersión de cultivos ilícitos; la Sentencia C-030/08 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), sobre consulta previa y Ley Forestal; la Sentencia T-1045A/10 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), sobre consulta previa y comunidades mineras artesanales; la Sentencia C-141/10 (M. P. Humberto Sierra Porto), sobre referendo constitucional y reelección presidencial; la Sentencia T-129/11 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), sobre consulta previa y minería; la Sentencia T-348/12 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), sobre derecho a la participación en materia ambiental); la Sentencia T-537/13 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), sobre participación de afectados por decisiones de planeación urbana; la Sentencia T-350/14 (M. P. Mauricio González Cuervo), sobre cabildo abierto; la Sentencia T-606/15 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), sobre derecho a la participación de pescadores afectados por una decisión ambiental; la Sentencia T-035/16 (M. P. Gloria Stella Ortiz), sobre áreas estratégicas mineras y la obligación de concertación, y la Sentencia T-445/16 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), sobre consultas populares acerca de minería.

los efectos de estas sentencias? Este texto busca responder a esta pregunta. Para ello, adopto una perspectiva sociojurídica y aplico una tipología según la cual las sentencias pueden tener cuatro tipos generales de efectos: directos, indirectos, materiales y simbólicos.[2] En la primera parte del texto presento la tipología. Luego, analizo las sentencias sobre participación a la luz de esta tipología y argumento que, en su conjunto, estas sentencias han tenido seis impactos. Por último, concluyo mostrando cómo la Corte ayudó a saldar la gran deuda de la Constitución de 1991 y señalando sus retos.

¿Cómo medir los efectos de las sentencias? Una tipología constructivista[3]

Los estudios sobre los efectos de las sentencias pueden clasificarse en dos grupos, según el tipo de efectos al que apunten los estudios. Por un lado, algunos adoptan una perspectiva jurídica neorrealista, que considera el derecho como un conjunto de normas que configura la conducta humana. Bajo este lente, una sentencia es eficaz si resulta en cambios en la conducta de las partes involucradas en un litigio. Su interés es, entonces, por los efectos directos y materiales de los fallos judiciales. Estos serán directos si se derivan directamente de las órdenes que profiere una corte en una sentencia y se reflejan específicamente en la conducta de los destinatarios inmediatos de tales órdenes; mientras que serán materiales si implican cambios tangibles en la conducta de los grupos o de los individuos.

Por otro lado, estudios inspirados en una perspectiva constructivista del derecho miran más allá de los efectos más visibles de los fallos judiciales. En estos casos, las sentencias no solo tienen efectos cuando se generan cambios observables en la conducta de los grupos o individuos afectados directamente en un caso, "sino también cuando producen transformaciones indirectas en las relaciones sociales o cuando alteran las percepciones de los agentes sociales y legitiman la visión del mundo de los demandantes".[4] Así, los fallos judiciales pueden tener efectos indirectos y simbólicos. Los primeros incluyen todas las consecuencias que derivan de un fallo judicial, pero que no se desprenden directamente de las órdenes que aquél contiene; mientras que los segundos "consisten en cambios de ideas, percepciones y constructos sociales colectivos relativos al objeto de las demandas judiciales".[5] En términos sociológicos, estos efectos

---

2 Véase César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2015).

3 Esta sección se basa en el libro de Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión...*, *op. cit.*

4 Ibíd., 39.

5 Ibíd.

simbólicos se han interpretado como alteraciones culturales o ideológicas referentes a los problemas planteados por el caso. Por su naturaleza, los efectos simbólicos son más difíciles de medir.

Como lo muestra la tabla 1, la intersección de estas dos clasificaciones da lugar a cuatro clases de efectos: los efectos materiales directos, como la formulación de políticas públicas ordenadas por el tribunal; los materiales indirectos, como la intervención de nuevos actores en el debate que es objeto de la sentencia; los simbólicos directos, como el cambio en la manera como los medios de comunicación hablan del tema en cuestión, y los simbólicos indirectos, como la transformación de la opinión pública sobre el asunto.[6]

Tabla 1. Tipos y ejemplos de los efectos de las decisiones judiciales

	DIRECTOS	INDIRECTOS
MATERIALES	Diseño de políticas públicas ordenadas por la sentencia	Formación de coaliciones de activistas para influenciar el tema de la sentencia
SIMBÓLICOS	Definición y percepción de los problemas tratados en la sentencia como una violación de derechos	Transformación de la opinión pública en relación con la urgencia y gravedad del problema

Fuente: Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión..., op. cit.*

El grado de eficacia de una sentencia dependerá de la perspectiva desde la cual esta se evalúe y de los tipos de efectos que se consideren. Aplicando una tipología más rígida, enfocada en los efectos directos y materiales, es probable llegar a la conclusión de que la mayoría de sentencias tienen efectos muy limitados, y, por ende, no son eficaces. En cambio, si se amplía el ángulo analítico para incluir los efectos simbólicos e indirectos, la gama de impactos de las sentencias también se dilata. En efecto, de esta forma es posible evidenciar que las sentencias pueden llegar a ser tan eficaces por sus efectos indirectos y simbólicos como por sus efectos directos y materiales.

Hasta el momento, los estudios han aplicado esta tipología para analizar el efecto de una sentencia. En este artículo, propongo ampliar su campo de aplicación para estudiar el impacto de un conjunto de sentencias, que, si bien son distintas en su naturaleza (por ejemplo, algunas son de tutela y otras de constitucionalidad o unificación) y en los temas que abordan (por ejemplo, algunas son sobre un mecanismo de participación, mientras que otras son sobre el derecho a la consulta previa), todas están relacionadas con el derecho a la participación.

---

6 Ibíd., 42.

Seis impactos de las sentencias en materia de participación y democracia

A la luz de la tipología presentada en la sección anterior, argumento que las sentencias sobre participación han tenido seis grandes impactos. Estos oscilan entre unos más directos o indirectos y unos más materiales o simbólicos. Para ilustrar los efectos, hago referencia a algunas de las sentencias más importantes sobre la materia, sin pretender plantear una línea jurisprudencial ni ahondar en las sentencias hito sobre participación. Los seis efectos, presentados en la figura 1, son: i) legitimar la participación, ii) llenar de contenido a la participación, iii) balancear el campo, iv) sacudir al Estado, v) despertar el debate sobre la participación, y vi) multiplicar el uso de los mecanismos.

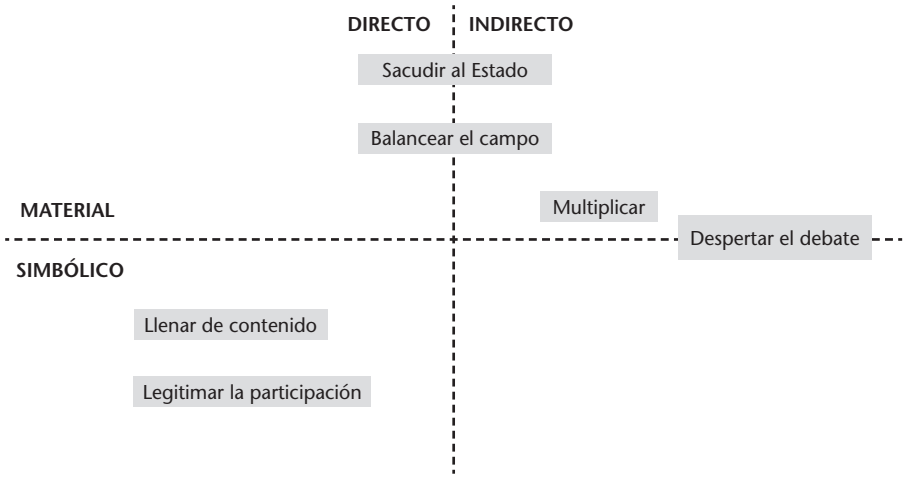

Figura 1. Distribución de los efectos de las sentencias sobre participación y democracia usando la tipología de efectos directos-indirectos, materiales-simbólicos

Fuente: elaboración propia.

Legitimar la participación

Un efecto que han tenido las sentencias de la Corte en materia de participación es que han dotado de legitimidad la participación como instrumento para que los ciudadanos tomen sus propias decisiones. Al insistir en la importancia de la participación para la realización de la democracia como eje axial del ordenamiento jurídico colombiano, la Corte también ha legitimado el uso de los mecanismos de participación ciudadana. En esa medida, las sentencias de la Corte han contribuido a que hoy el ejercicio

de la participación ciudadana se considere una condición *sine qua non* para el Estado democrático que es Colombia.

La Corte se ha pronunciado sobre la importancia de la participación desde sus primeras sentencias. Por ejemplo, en la Sentencia T-540 de 1992 destacó con especial fuerza la importancia de la participación en el ordenamiento constitucional y la reconoció como fuente de legitimidad de las instituciones y del poder público. En esa oportunidad consideró que "sin la participación activa de los ciudadanos en el gobierno de los propios asuntos, el Estado se expone a una pérdida irrecuperable de legitimidad como consecuencia de su inactividad frente a las cambiantes y particulares necesidades de los diferentes sectores de la sociedad".[7]

Igualmente, en la Sentencia C-180 de 1994, que evaluó la constitucionalidad de la Ley 134 de 1994 sobre mecanismos de participación ciudadana, la Corte estudió la relación entre participación y democracia. Al analizar los artículos 1 y 2 de la Constitución, que contienen las bases y los fines del Estado social de derecho, la Corte consideró que estos artículos, lejos de concebir la participación únicamente como una práctica deseable dentro del comportamiento político de los colombianos,

> la erigen en principio fundante del Estado y en fin esencial de su actividad, lo cual implica para sus autoridades el deber de facilitarla y promoverla en las distintas esferas de la vida y el de fomentar la participación de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones que conciernan al destino colectivo.[8]

La Corte ha advertido también acerca de la importancia de ciertos mecanismos de participación ciudadana en particular, y de esta forma ha legitimado su uso. Así, en la Sentencia C-150 de 2015, en la que estudió la constitucionalidad de la Ley 1757 de 2015, también sobre mecanismos de participación ciudadana, la Corte abordó cada uno de los mecanismos y recalcó su importancia. Por ejemplo, sobre el referendo manifestó que "se trata de una de las intervenciones más intensas del pueblo en tanto que, desplazando a las instancias representativas en la toma de una decisión de su competencia, proceden a definir mediante el voto la pertenencia de una norma al sistema jurídico".[9] De igual manera, sobre el cabildo abierto, adujo que este "se constituye en la forma más efectiva para que los ciudadanos residentes en los respectivos entes territoriales puedan discutir y estudiar los asuntos que son de interés para la comunidad".[10]

---

7 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-540/92 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

8 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-180/94 (M. P. Hernando Herrera Vergara).

9 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150/15 (M. P. Mauricio González Cuervo).

10 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-180/94 (M. P. Hernando Herrera Vergara).

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha contribuido a legitimar la participación ciudadana en general, así como el uso de los mecanismos específicos, al enfatizar sobre la importancia que tienen en la vida democrática de los ciudadanos y en la realización de los fines del Estado social de derecho. Con ello, la Corte ha incidido en cambiar la percepción sobre la naturaleza y la importancia de la participación y los mecanismos en distintos procesos, por lo que clasifico este efecto como un efecto directo y simbólico.

Llenar de contenido a la participación

Los mecanismos de participación ciudadana se encuentran consagrados en la Constitución y en las leyes. Sin embargo, su sola consagración suele ser insuficiente para entenderlos, para saber para qué y en qué momentos funcionan, y así poder ponerlos en movimiento. A través de su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha profundizado en los componentes, los alcances y los límites del derecho a la participación, llenando de contenido tanto la participación como concepto general como los mecanismos específicos mediante los cuales esta se materializa.

Al estudiar diferentes instancias de participación existentes y los vacíos que existen en torno a este derecho en varios procedimientos, la Corte ha delimitado unos componentes generales que deben irradiar a todas las instancias y mecanismos de participación y ha determinado el alcance que esta debe tener. Así, jurisprudencialmente se ha definido que, independientemente de la instancia o mecanismo,

> la participación, desde un punto de vista constitucional debe ser *representativa*, es decir, llevada a cabo con los realmente interesados; *activa*, de manera que permita un diálogo y discusión públicos vigorosos; y *eficaz*, es decir, capaz de producir efectos en las decisiones públicas y en la planeación de las decisiones de cada ámbito territorial; *libre* e *informada*, de manera que no se origine en presiones ilegítimas, sino en un conocimiento adecuado y suficiente de las medidas a adoptar.[11]

Igualmente, en la Sentencia T-361 de 2017,[12] en donde se analizó si en el proceso de delimitación del páramo de Santurbán se había vulnerado el derecho a la participación de quienes se verían afectados por la decisión, la Corte reiteró que el derecho fundamental a la participación comprendía ciertos elementos esenciales, a saber: i) el acceso a la información; ii) una

---

[11] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-389/16 (M. P. María Victoria Calle Correa), Sentencia SU133/17 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva) y Sentencia T-361/17 (M. P. Alberto Rojas Ríos). Cursivas propias.

[12] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-361/17 (M. P. Alberto Rojas Ríos).

participación pública y deliberada en la que se respete la decisión de los ciudadanos, de forma que tenga que ser tenida en cuenta por el Estado al momento de decidir, y iii) la existencia de mecanismos para garantizar que se respete la participación.

Además de definir los alcances y elementos básicos de la participación, la Corte también ha ofrecido lineamientos sobre los límites de este derecho. Uno de esos límites es la imposibilidad de que por decisiones de una mayoría, tomadas mediante mecanismos de participación ciudadana, se puedan restringir derechos fundamentales. En la Sentencia C-379 de 2016, que estudió la constitucionalidad del mecanismo de refrendación de los acuerdos de paz, la Corte adujo que "los derechos fundamentales no son susceptibles de ser reducidos en su alcance mediante mecanismos de participación ciudadana, pues estos derechos constituyen un límite al ejercicio del poder político, tanto del poder constituyente como de los poderes constituidos".

Ahora bien, la Corte también ha entrado a analizar los mecanismos específicos de participación y ha definido los límites y alcances de cada uno de ellos. Por ejemplo, en las sentencias T-769 de 2009 y T-129 de 2011, entre otras, la Corte ha desarrollado el alcance del derecho a la consulta previa de comunidades étnicas, particularmente definiendo las situaciones en las que el Estado tiene la obligación de contar con el consentimiento de tales comunidades. Ni el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ni la Constitución política, ni la Ley 70 de 1993 eran del todo claras frente a las implicaciones del derecho a consulta previa. Este vacío fue llenado por la Corte. En su copiosa jurisprudencia, esta definió que si bien el deber general del Estado en materia de consulta previa consiste en asegurar una participación activa y eficaz de las comunidades con el objeto de obtener su consentimiento, cuando la medida represente una afectación intensa del derecho al territorio colectivo, es obligatoria la obtención del consentimiento previo, libre e informado de la comunidad, y no basta con la mera consulta. Estos casos de afectación intensa, según la Corte, están asociados al "traslado o reubicación de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural o uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios".[13]

Las sentencias también han ahondado en algunos límites que deben tener ciertos mecanismos. Por ejemplo, desde la Sentencia C-551 de 2003, las notas introductorias de las preguntas sometidas a un referendo constitucional aprobatorio están prohibidas, algunas *prima facie* y otras

---

[13] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-376/12 (M. P. María Victoria Calle Correa), Sentencia T-766/15 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y Sentencia SU217/17 (M. P. María Victoria Calle Correa).

de manera definitiva. Esta restricción no deriva directamente de la ley, sino que se debe exclusivamente a la jurisprudencia constitucional. Para identificar aquellas prohibidas *prima facie* y aquellas prohibidas definitivamente, aduce la Corte que

> se encuentran prohibidas, *prima facie*, las notas introductorias de las preguntas sometidas a un referendo constitucional aprobatorio dado que i) "no es posible una formulación totalmente imparcial u objetiva de preguntas relacionadas con textos normativos, ii) es inocua una nota introductoria que realmente refleje el contenido normativo integral del texto a ser aprobado, iii) existe un riesgo de desnaturalizar el mecanismo de participación en tanto el elector puede suponer que no está votando por un texto normativo sino, en su lugar, por determinados fines o propósitos y iv) se suscitarían problemas normativos ulteriores en caso de que se produzca la aceptación de los encabezados de las preguntas". Se encuentran definitivamente prohibidas aquellas notas introductorias acompañadas de lenguaje con carga emotiva o que utilizan expresiones que no sean valorativamente neutras o que no presentan de manera completa el contenido de los artículos que introducen.

Al establecer los componentes, el alcance y los límites de la participación, tanto en términos generales como con respecto de cada uno de los mecanismos legales existentes, la Corte Constitucional ha contribuido a llenar de contenido a la participación ciudadana y los mecanismos que existen en la ley para garantizarla, lo cual es un efecto directo y simbólico de este conjunto de sentencias, pues ayuda a definir la participación y afecta la percepción que se tiene de esta y de los mecanismos que son objeto de análisis de las demandas.

Balancear el campo

Un tercer impacto de las sentencias de la Corte Constitucional en materia de participación es que han ayudado a balancear distintos campos sociales. Los campos sociales, como el de la salud, la justicia, el desplazamiento forzado, la educación, o el minero-energético, tienden a ser desbalanceados.[14] En estos campos permanentemente interactúan y defienden posiciones adversas una variedad de actores, cada uno con un nivel distinto de poder dependiendo de la información, los recursos, las conexiones, la educación, u otras formas de capital económico, social, cultural y simbólico. Ante dicha situación, las sentencias de la Corte en materia de participación

---

[14] Pierre Bourdieu, "La fuerza del derecho: elementos para una sociología del campo jurídico", en *La fuerza del derecho*, de Pierre Bourdieu y Gunther Teubner (Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre, 2000).

han ayudado a equilibrar distintos campos sociales. Esto lo ha hecho al reconocer la importancia de la participación y establecer como válido el uso de los mecanismos de participación en distintos procesos de la vida política, empoderando así a los grupos sociales tradicionalmente excluidos o con menos poder para defender sus intereses.

Un ejemplo muy claro se da en el campo minero-energético, en donde tradicionalmente los municipios y las comunidades han pedido que les permitan participar en las decisiones tomadas por el Gobierno nacional sobre si hacer o no minería en su territorio. Por un lado, la Corte reconoció la importancia del conocimiento local. En la Sentencia T-294 de 2014 la Corte adoptó el concepto de *justicia ambiental*, cuyo origen viene justamente de la situación desigual que enfrentaba la población pobre y afroamericana de Estados Unidos en 1970, quienes debían sufrir los efectos nocivos de las plantas de desechos tóxicos y de industrias contaminantes que se instalaban en sus territorios. Según la Corte, el concepto de justicia ambiental incorpora una demanda de justicia participativa; esto es, un reclamo de participación significativa de los ciudadanos, en particular de quienes resultarán efectiva o potencialmente afectados por la ejecución de determinada actividad. En este sentido, la Corte consideró:

> Esta dimensión comporta la apertura de espacios en donde los afectados *puedan participar en la toma de decisiones* relativas a la realización del proyecto, la evaluación de sus impactos, permitiendo que al lado del conocimiento técnico experto que suele ser el único tenido en cuenta para orientar la toma de decisiones en materia ambiental, *también haya un espacio significativo para el conocimiento local*, que se expresa en la evaluación nativa de los impactos y en la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes.[15]

Pronunciamientos de este tipo han ayudado a balancear el campo minero-energético, plagado de conflictos territoriales y socioambientales, en beneficio de aquellas comunidades que sufren los impactos de actividades contaminantes y que no gozan de los espacios para manifestar sus posiciones ni de la experticia técnica para documentar sus afectaciones de la manera como la pide el Gobierno nacional. Al darle valor al conocimiento local, la Corte fortaleció la posición de estas comunidades frente a actores como el Gobierno nacional o las empresas, que sí poseen la información técnica.

Por otro lado, la Corte reconoció la importancia constitucional de la participación dentro de decisiones relevantes para megaproyectos y sus

---

[15] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-294/14 (M. P. María Victoria Calle) y Sentencia T-606/15 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio). Cursivas propias.

impactos como una forma de balancear el campo frente a las condiciones de indefensión en que se encuentran algunos actores. Este es el caso de la Sentencia T-135 de 2013, en la que afirma:

> El derecho a la participación de los grupos de población potencialmente afectados por causa de un proyecto de tal índole constituye una de las formas en las que el Estado puede y debe prevenir que visiones generales del "interés general" generen graves afectaciones en los derechos de las personas. Al ejecutar un megaproyecto, el campesino, el jornalero o el tradicional habitante de una región afectada, se encuentra en un verdadero estado de indefensión frente al empresario o dueño del proyecto. *Solo con el adecuado ejercicio de la participación podrá evitar que se lesionen sus derechos*.[16]

Más recientemente, en la Sentencia T-445 de 2016, la Corte destacó la importancia de la participación de los entes territoriales y los ciudadanos para decidir sobre el tipo de desarrollo económico que se pretenda adelantar en su territorio y, en especial, para tomar decisiones sobre la presencia o no de actividades mineras en su territorio. Puntualmente, la Corte aclaró que "debe garantizarse un grado de participación y que esta además debe ser activa y eficaz, lo cual puede llevar incluso a la manifestación de voluntad por parte del ente territorial de oponerse a la actividad minera". La orden de la Corte en esta sentencia es importante porque se refiere específicamente al derecho de las entidades territoriales de adelantar consultas populares para decidir si quieren o no minería en su territorio. Como veremos en detalle cuando analicemos el último se los seis efectos, a raíz de la sentencia sobre consultas populares en materia minera, seis municipios han adelantado consultas populares para frenar la realización de proyectos mineros o petroleros en su territorio.[17]

Con base en todo lo anterior, podemos concluir que la jurisprudencia constitucional en materia de participación ha tenido el efecto de balancear los campos sociales, usualmente desbalanceados. Este es un efecto que es a la vez directo e indirecto y material y simbólico, tal y como se muestra en la figura 1, en la medida en que empodera con mecanismos de participación vinculantes, como la consulta popular, a aquellas partes débiles (tanto las que demandaron como las que no), pero con ello también produce alteraciones en la concepción de los problemas planteados por la sentencia, tales como el papel de los ciudadanos en las decisiones

---

16 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-135/13 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio). Cursivas propias.

17 A febrero de 2018, se habían hecho nueve consultas populares sobre temas mineros y petroleros, siete de ellas tuvieron lugar después de la Sentencia T-445/16 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

de desarrollo, la autonomía de las entidades territoriales o el papel del conocimiento local en ellas.

Sacudir al Estado

Un cuarto efecto de las sentencias de la Corte en materia de participación es que lograron sacudir al Estado para que este empezara a tomarse en serio la participación ciudadana. Las sentencias demostraron que había una falla en el *statu quo*, y que era necesario que el Estado entrara a subsanar en la práctica dichas fallas aplicando y ampliando el derecho a la participación.

Las sentencias de la Corte hicieron visible la existencia de ciertas fallas en los procedimientos de toma de decisiones en temas puntuales. Muchas de estas decisiones se estaban tomando sin garantizar la participación ciudadana, a pesar de que la Constitución consagra el derecho de las personas a participar en las decisiones que las afectan de manera general (art. 2), y especifica ciertos temas en los que debe estar presente la participación (por ejemplo, en el artículo 79, sobre la participación en temas ambientales). Entonces, con las sentencias en materia de participación, la Corte obligó al Estado a crear instancias de diálogo y concertación, ya sea por las órdenes concretas que se dan en la sentencia o porque le han mostrado la importancia y relevancia de incluir este tipo de instancias en el proceso de toma de decisiones.

Así, volviendo al tema minero energético, en virtud de las sentencias de la Corte en 2016 (la C-035 y la T-445), un efecto directo material que estas han generado es que la Agencia Nacional de Minería (ANM) diseñó y comenzó a implementar en 2017 una estrategia de relacionamiento con el territorio, dentro del marco de procesos de otorgamiento de títulos mineros. Esta estrategia incluye el acercamiento de la ANM a los municipios para informar acerca de los proyectos mineros que se desarrollarán en esos territorios.[18] Esto es una práctica nueva que no sucedía antes de las sentencias de la Corte. Igualmente, tras la sentencia en donde se analizó el proceso de delimitación del páramo de Santurbán, el Estado se vio obligado, por orden directa, a abrir una instancia de participación real con los afectados.

Incluso, como un efecto material indirecto, la Agencia Nacional de Hidrocarburos está replicando la práctica de la ANM de acercamiento a las autoridades territoriales,[19] aun cuando esta agencia no es la destinataria de las órdenes de la Corte en sentencias sobre participación y minería.

---

[18] Agencia Nacional de Minería, "91 municipios le dicen sí a la minería bien hecha", 31 de julio de 2017, https://bit.ly/2t9BShJ

[19] En el 2017, la Agencia Nacional de Hidrocarburos expidió el Acuerdo 02 de 2017, que regula los procesos de selección de contratistas para la exploración y producción de hidrocarburos. En el artículo 5 de este acuerdo, al momento de determinar las áreas susceptibles de ser

Otro ejemplo de cómo la Corte empujó al Estado a actuar es el caso del plebiscito por la paz. En la Sentencia C-379 de 2016, la Corte resaltó que una de las virtudes de un mecanismo como el plebiscito es su valor pedagógico, por lo que impulsó al Estado a hacer dicha pedagogía. Es altamente probable que si la Corte no hubiera insistido en la importancia de esta pedagogía, el Gobierno no le hubiera dado la gran difusión que finalmente le dio a los acuerdos antes de la votación. Lo que logró la sentencia fue presionar al Estado para que garantizara que la participación de los ciudadanos se llevara a cabo de la forma más informada posible, destacando que la información es uno de los elementos esenciales del derecho a la participación.

Recapitulando, a raíz de los fallos en los que la Corte le ordenó al Estado garantizar la participación ciudadana, este, tanto a través de entidades directamente señaladas en las sentencias como por otras ajenas a los fallos, ha respondido ampliando y creando procesos de participación en procesos decisorios que radicaban mayoritariamente en el Estado central. La respuesta tangible del Estado puede entonces ser clasificada como un efecto material, que combina aspectos directos e indirectos.

Despertar el debate sobre la participación

Un quinto efecto producto de las sentencias sobre participación ciudadana es que han contribuido a despertar un nuevo debate sobre la participación. Estas sentencias han atraído a nuevos actores, incluyendo a académicos, congresistas, activistas y medios de comunicación, a debatir, alimentar, cubrir y poner sobre la mesa de discusión el tema de los mecanismos de participación. Para ilustrar este punto, tras la consulta popular en Cajamarca, en marzo de 2017, medios como *La Silla Vacía*,[20] *Semana en Vivo*[21] y W Radio invitaron a expertos en temas mineros y ambientales y a miembros de movimientos sociales para debatir sobre la pertinencia de las consultas populares y la jurisprudencia de la Corte.

Las sentencias de la Corte Constitucional en materia de participación, en conjunto con el auge de los mecanismos de participación, también han hecho que el Congreso presente y debata proyectos de ley sobre

---

adjudicadas para la exploración y explotación de hidrocarburos, dice que "deben tomarse en consideración los procedimientos de consulta y de coordinación con los entes territoriales y con las comunidades o grupos étnicos". Agencia Nacional de Hidrocarburos, Acuerdo 02 de 2017, 18 de mayo de 2017, https://bit.ly/2SgJI5W

20 "¿Tiene sentido que se pueda prohibir la minería en cualquier lugar?", *La Silla Vacía*, 4 de abril de 2017, https://bit.ly/2SovoZ2

21 "¿Puede la locomotora minera desconocer los resultados de las consultas populares como las de Cajamarca?", *Semana En Vivo*, 28 de marzo de 2017, https://bit.ly/2GBYcvE

mecanismos de participación ciudadana. Durante 2017, al menos dos proyectos de ley estaban gestándose: uno de iniciativa del senador Roy Barreras[22] y otro de iniciativa de la Alianza Verde,[23] todos haciendo referencia a la jurisprudencia de la Corte sobre los mecanismos de participación ciudadana.

A este nuevo debate, también se han adherido la academia y las ONG, que han investigado el tema de la participación democrática y han realizado debates e investigaciones sobre la jurisprudencia de la Corte en materia de participación, así como intervenciones ciudadanas en los proceso de tutela o constitucionalidad que versan sobre la naturaleza de la participación en procesos administrativos (por ejemplo, en la delimitación del páramo de Santurbán) o sobre los mecanismos (por ejemplo, el plebiscito para la paz). Así pues, la Corte Constitucional a través de sus sentencias sobre participación ha tenido el efecto indirecto, que oscila entre simbólico y material, de alimentar el debate sobre la participación y sus mecanismos, atrayendo a nuevos y diferentes actores para que hagan parte de él.

Multiplicar el uso de los mecanismos

El sexto y último efecto de la jurisprudencia en materia de participación es que ha promovido el uso de los mecanismos de participación democrática por parte de la ciudadanía. Al pronunciarse sobre los mecanismos de participación ciudadana, la Corte ha invitado a que los ciudadanos y las entidades territoriales se contagien y apropien de ellos. En esa medida, un efecto indirecto de sus sentencias es que la Corte ha contribuido a poner en marcha la participación ciudadana por actores distintos a los demandantes. En otras palabras, la Corte ha producido un efecto dominó entre actores no directamente vinculados a los fallos.

Como mencionaba arriba, el ejemplo más claro de este efecto es el auge de consultas populares que derivó de la Sentencia T-445 de 2016. Los primeros intentos de someter a consulta popular la decisión de admitir o no la realización de actividades extractivas en el territorio se dieron en el 2013 por parte de los municipios de Piedras (Tolima) y Tauramena (Casanare). La fuerte oposición del Estado y el intenso debate sobre su legalidad impidieron que se llevaran a cabo más intentos de consultas populares de este tipo hasta 2017. El punto de quiebre lo marcó la mencionada sentencia. Expedida a finales del 2016, la Sentencia T-445 de 2016

---

[22] Congreso de la República, Proyecto de Ley Estatutaria 99 de 2017, *Gaceta del Congreso*, 24 de agosto de 2017, https://bit.ly/2rVgQEw

[23] Cámara de Representantes, Proyecto de ley 87 de 2017, por la cual se crea el espacio de participación de los consejos territoriales de planeación en materia ambiental y se dictan otras disposiciones, 15 de agosto de 2017.

estudió la constitucionalidad de una consulta popular que preguntaba a los habitantes de Pijao (Quindío) sobre la realización de actividades mineras en el municipio. En esta oportunidad, la Corte declaró constitucional la consulta popular y decidió que "los entes territoriales poseen la competencia para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, incluso si al ejercer dicha prerrogativa terminan prohibiendo la actividad minera".[24] Esta sentencia se sumó al precedente de las sentencias C-123 de 2014 y C-035, C-273 y C-389 de 2016, que habían insistido en que los municipios debían participar en la decisión de si se realizaban o no actividades mineras en sus territorios. Como resultado, durante el año siguiente se realizaron siete consultas populares (tabla 2); es decir, más del triple de consultas populares mineras de las que se habían realizado en toda la historia de este mecanismo.

Tabla 2. Consultas populares sobre actividades minero-energéticas realizadas en Colombia entre 1992 y 2017

MUNICIPIO	FECHA	TEMA	RESULTADOS (VOTOS)
Piedras (Tolima)	28 de julio de 2013	Minería	No: 2971 Sí: 24
Tauramena (Casanare)	15 de diciembre de 2013	Hidrocarburos	No: 4426 Sí: 151
Cabrera (Cundinamarca)	26 de febrero de 2017	Minería e hidroeléctricas	No: 1465 Sí: 23
Cajamarca (Tolima)	26 de marzo de 2017	Minería	No: 6165 Sí: 76
Cumaral (Meta)	4 de junio de 2017	Hidrocarburos	No: 7475 Sí: 183
Arbeláez (Cundinamarca)	9 de julio de 2017	Minería e hidrocarburos	No: 4312 Sí: 38
Pijao (Quindío)	9 de julio de 2017	Minería	No: 2613 Sí: 26
Jesús María (Santander)	17 de septiembre de 2017	Minería e hidrocarburos	No: 1677 Sí: 22
Sucre (Santander)	1 de octubre de 2017	Minería e hidrocarburos	No: 3016 Sí: 33

Fuente: elaboración propia, con base en datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

En suma, las sentencias de la Corte han tenido el efecto indirecto, ubicado entre lo simbólico y lo material, de empoderar a la ciudadanía no vinculada directamente en las demandas sobre los distintos mecanismos de

[24] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-445/16 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

participación ciudadana y lograr que efectivamente los implementen de manera creciente.

Conclusiones

En estos veinticinco años, la Corte Constitucional, por medio de sus sentencias sobre participación y democracia, ha contribuido a cumplir con el reto de instalar los mecanismos de participación en el imaginario de los ciudadanos, las entidades territoriales y el Gobierno nacional. En los últimos años las iniciativas para tomar decisiones mediante mecanismos de participación ciudadana han aumentado y se han extendido a temas diversos. Se ha debatido sobre la realización de consultas populares en la minería y la tauromaquia,[25] se acudió a un plebiscito para aprobar los acuerdos de paz,[26] se está tramitando una consulta popular nacional sobre temas de corrupción[27] y se pensó en someter a referendo una reforma al sistema judicial.[28] Si bien la participación, en general, y los mecanismos de participación ciudadana, en particular, son un pilar de la Constitución de 1991, lo cierto es que i) legitimar la importancia de la participación, ii) llenar de contenido a los mecanismos, iii) darle voz a los actores menos favorecidos, iv) sacudir al Estado para que se tome en serio la participación, v) alimentar el debate sobre la participación y vi) multiplicar el uso de los mecanismos son el resultado de una interacción entre los movimientos sociales que han implementado y defendido el derecho a la participación, y el respaldo proporcionado por la Corte Constitucional con sus sentencias.

Es innegable que este aumento de la participación ciudadana es muestra de una mayor madurez democrática, pero también genera desafíos, que es necesario analizar y atender. Sin embargo, no es menos cierto que con dicho aumento se ha saldado una de las principales deudas de la Constitución política de 1991, que es la participación. En esencia, el gran logro de la Corte Constitucional en sus veinticinco años de jurisprudencia frente a la participación es que pasamos de tener unos mecanismos de participación establecidos únicamente sobre el papel en el artículo 103 de la Constitución a verlos en la calle, en la televisión, en los periódicos y en nuestras conversaciones cotidianas. Así, el reto de la Corte para sus

---

25 "Alcaldía suspende consulta antitaurina en Bogotá", *El Espectador*, 8 de agosto de 2017, https://bit.ly/2EQNKhv

26 Presidencia de la República, Decreto 1391 de 2016, por el cual se convoca a un plebiscito y se dictan otras disposiciones, 30 de agosto de 2016, artículo 1, https://bit.ly/2EZ4ofE

27 Consejo Nacional Electoral, Comunicado de Prensa 157, 23 de enero de 2018, https://bit.ly/2EWLENH

28 "Referendo, primera opción del Gobierno para reforma a la justicia", *El Tiempo*, 18 de septiembre de 2017, https://bit.ly/2RklvOW

próximos años es conservar el papel fundamental que ha tenido en dinamizar la democracia colombiana y afrontar los desafíos que ello suponga, sin retroceder, precisamente en un momento en el que el auge de la participación ha producido deseos de limitarla.

SEGURIDAD SOCIAL: EL SISTEMA DE SALUD Y EL SISTEMA PENSIONAL

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos para la implementación de decisiones judiciales en derechos sociales

OSCAR JAVIER PARRA VERA*

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) aún suscita debates tanto a nivel internacional como nacional. Sin embargo, estos debates se han ido transformando, y podría decirse que avanzan a una velocidad distinta según la jurisdicción correspondiente. Mientras que en algunos ámbitos nacionales (como Colombia y Argentina) no se discute sobre la posibilidad de impulsar una protección judicial directa de los DESC, en el ámbito interamericano solo hasta 2015 y 2017 la Corte Interamericana emitió sus primeras decisiones sobre la justiciabilidad directa del Protocolo de San Salvador[1] y del artículo 26 de la Convención Americana,[2] respectivamente. Luego de 38 años de funcionamiento, el tribunal interamericano dio este importante paso en 2017 para impulsar el uso de la Convención Americana hacia una mayor lucha contra la exclusión y la pobreza. Por su parte, apenas en 2015, el Comité de Derechos

* Magistrado de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz. Abogado y magíster en Teoría del Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Máster en Criminología y Justicia Penal, de la Universidad de Oxford. Se desempeñó como abogado coordinador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

1 Corte IDH, Caso Lagos del Campo contra Perú; sentencia, 31 de agosto de 2017, serie C n.º 340.

2 Corte IDH, Caso Lagos del Campo contra Perú; sentencia, 31 de agosto de 2017, serie C n.º 340.

Económicos, Sociales y Culturales emitió su primera decisión, en un caso contencioso sobre seguridad social, a la luz del protocolo adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).[3]

Debido a estos distintos tiempos de los DESC, se explican, a su vez, los diversos matices que alcanzan los debates sobre impacto, eficacia, implementación y cumplimiento de las decisiones judiciales adoptadas en cada jurisdicción. Dada mi experiencia de trabajo de una década en el Sistema Interamericano, se me ha pedido la elaboración de unas reflexiones generales sobre el impacto y el cumplimiento de fallos judiciales sobre derechos sociales, con el objetivo de generar diálogos en torno a la experiencia internacional y nacional en la materia. Para ello, en este texto tomo como ejemplos algunos debates asociados al cumplimiento de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la implementación de la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional. Comenzaré con una breve nota conceptual sobre el tema de análisis para luego seguir con reflexiones en torno al escenario interamericano y posteriormente el escenario nacional.

Breve nota conceptual

Dado el objetivo de esta ponencia, es pertinente diferenciar entre el análisis sobre el impacto de decisiones judiciales y la valoración de su cumplimiento. Entre las contribuciones analíticas ofrecidas por la Corte Constitucional en esta materia se encuentra la distinción entre un cumplimiento alto, intermedio o bajo de ciertas órdenes emitidas. Por ejemplo, en el Auto 411 de 2015, la Corte determinó una *metodología* y unas *matrices de valoración* para evaluar el cumplimiento de las órdenes emitidas en la Sentencia T-760 de 2008, teniendo en cuenta tres aspectos: primero, si las medidas han sido conducentes para cumplir las órdenes; segundo, los resultados de las medidas que hayan sido consideradas conducentes, y, tercero, los avances pertinentes. La Corte sistematizó estos criterios en las tres matrices que se presentan a continuación (tablas 1, 2 y 3).

---

[3] El Comité concluyó que España violó el derecho a la vivienda de una mujer, identificada como I. D. G., cuyo hogar fue objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria debido a la falta de pago de las cuotas del préstamo hipotecario a una entidad bancaria. Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comunicación 2/2014, documento E/C.12/55/D/2/2014, 13 de octubre de 2015.

Como se observa, estas matrices constituyen un complemento importante a los avances ya desarrollados previamente por la Corte en el Auto 226 de 2011, en relación con el uso de indicadores estructurales, de proceso y de resultados para evaluar el cumplimiento de las órdenes.

Tabla 1. Primera matriz

ELEMENTOS A EVALUAR		INCUMPLIMIENTO GENERAL	NIVEL DE CUMPLIMIENTO BAJO	NIVEL DE CUMPLIMIENTO MEDIO	NIVEL DE CUMPLIMIENTO ALTO	CUMPLIMIENTO GENERAL
MEDIDAS	No existen	X				
	Inconducentes		X			
	Conducentes		X	X	X	X

Fuente: Corte Constitucional de Colombia, Auto 411/15 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Tabla 2. Segunda matriz

ELEMENTOS A EVALUAR		INCUMPLIMIENTO GENERAL	NIVEL DE CUMPLIMIENTO BAJO	NIVEL DE CUMPLIMIENTO MEDIO	NIVEL DE CUMPLIMIENTO ALTO	CUMPLIMIENTO GENERAL
RESULTADOS	No acreditados		X			
	No permiten evidenciar que se va a superar la problemática		X			
	Permiten evidenciar que se va a superar la problemática			X	X	X

Fuente: Corte Constitucional de Colombia, Auto 411/15 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Tabla 3. Tercera matriz

ELEMENTOS A EVALUAR		INCUMPLIMIENTO GENERAL	NIVEL DE CUMPLIMIENTO BAJO	NIVEL DE CUMPLIMIENTO MEDIO	NIVEL DE CUMPLIMIENTO ALTO	CUMPLIMIENTO GENERAL
AVANCES	No hay avances significativos			X		
	Hay avances significativos, pero no han conjurado en su totalidad la falla				X	
	Superaron la falla estructural que dio origen a la orden					X

Fuente: Corte Constitucional de Colombia, Auto 411/15 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Ahora bien, una orden judicial puede cumplirse poco, pero, al mismo tiempo, tener un impacto muy alto.

Al respecto, cabe resaltar que autores como César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, reconstruyendo diversos elementos del debate estadounidense respecto a la relación entre las decisiones judiciales y el cambio social, proponen diferenciar cuatro tipos de efectos de las sentencias: en primer lugar, los efectos directos, que impactan en quienes litigan los casos, sus beneficiarios o sus destinatarios; en segundo lugar, se encuentran los efectos indirectos, que se derivan de un fallo sin estar expresamente consagrados en las órdenes emitidas, y que pueden afectar tanto a los actores que participan en el fallo como a aquellos que no lo fueron; en tercer lugar, los efectos instrumentales, que se relacionan con los cambios materiales en la conducta de los actores, mientras que, en cuarto lugar, se encuentran los efectos simbólicos, que se concentran en el impacto de las sentencias en transformaciones culturales e ideológicas con respecto a los asuntos discutidos en el caso.[4] Además de estos elementos, cabe resaltar que la implementación e impacto del litigio en temas como el derecho a la salud depende de muy diversas variables, tales como: i) el tipo

[4] Rodríguez Garavito resalta que dichos efectos pueden interrelacionarse entre sí, de tal forma que sea posible aludir a efectos instrumentales directos e indirectos o efectos simbólicos directos e indirectos. Véase César Rodríguez Garavito, "Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America", *Texas Law Review* 89, n.º 7 (noviembre 2011); asimismo, véase César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia* (Bogotá: Dejusticia, 2010). En este libro se alude a cinco efectos de la sentencia "estructural" emitida por la Corte Constitucional en esta materia: efecto desbloqueador, efecto deliberativo, efecto creador, efecto de políticas públicas, efecto coordinador y efecto social.

de población beneficiaria, ii) los actores del sistema, iii) el tipo de normas que reconocen el derecho a la salud, iv) el tipo de proceso de implementación ordenado por la Corte, v) si se adoptan cronogramas precisos para el cumplimiento, vi) si el tribunal respectivo es más o menos activo en la supervisión, vii) el tipo de aliados —en otras ramas del poder público o en movimientos sociales— que tiene una corte para impulsar el diálogo y el cumplimiento, y viii) el contexto social.[5]

Precisado lo anterior, a continuación ofrezco algunas reflexiones en torno a desafíos en materia de eficacia e implementación de las decisiones interamericanas y tomo el caso de la Sentencia T-760 de 2008 para reflexionar sobre los aportes y desafíos que genera la experiencia colombiana en materia de sentencias estructurales sobre derechos sociales.

Algunas lecciones de la supervisión de cumplimiento interamericana

Tal como señalé en la introducción, solo hasta 2017, 38 años después de su funcionamiento, la Corte IDH emitió su primer caso sobre justiciabilidad directa de los DESC a la luz del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En 1969, cuando se aprobó esta Convención, los Estados estaban divididos entre quienes defendían la justiciabilidad de dichos derechos y quienes la rechazaban. Como punto intermedio de consenso se aprobó el artículo 26, que remitía a la Carta de la OEA, y que generó diversas interpretaciones sobre dicha remisión. Algunas posturas consideraban que dicha carta no consagraba derechos exigibles, mientras que otras perspectivas veían en la remisión a la carta el escenario para impulsar la más amplia justiciabilidad. En 1988, casi veinte años después de emitida la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados parte fueron convocados para resolver estos debates a través de la adopción de un Protocolo Adicional a dicha Convención en materia de DESC. A pesar de que el objetivo de este nuevo tratado era clarificar el escenario de exigibilidad de los DESC, los Estados consideraron que solo era procedente la justiciabilidad respecto al derecho a la educación y los derechos sindicales (sin incluir la huelga). Sin embargo, el Protocolo no se pronunció respecto a cómo correspondía entender el alcance normativo del artículo 26.

---

[5] Alicia Ely Yamin, "Power, suffering, and courts: Reflections on promoting health rights through judicialization", en *Litigating health rights*, editado por Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen (Cambridge: Harvard University Press, 2011), 333-372.

De allí en adelante, la Corte IDH tuvo durante varios años un enfoque que se concentró en aproximarse al tema a la luz del concepto de *vida digna*, lo cual le permitía utilizar los artículos 4 (sobre vida) y 5 (sobre integridad personal) de la Convención sin tener que pronunciarse sobre el artículo 26. Pero en 2017 se abrió la puerta para un análisis de justiciabilidad directa, y será necesario esperar cómo se va decantando la jurisprudencia en la materia. Lo cierto es que esta senda abre la posibilidad de pensar en discusiones complejas de fondo, que son muy difíciles abordar cuando se declara la violación de derechos por la vía de la conexidad/vida digna. Por ejemplo, el significado que la priorización en salud pueda tener en casos concretos o debates específicos en torno a la progresividad y la escasez de recursos. Pensemos, por ejemplo, en temas de control de precios de medicamentos, u otros temas que hacen parte del análisis de derechos sociales en torno al sistema financiero y logístico en el que se insertan.

Por otra parte, en el Sistema Interamericano son emergentes debates preliminares sobre priorización. A través de medidas cautelares se han solicitado tratamientos y atención médica que, en principio, podrían no haber sido objeto de priorizaciones a nivel interno. Es lo que ha ocurrido en algunos casos extremos sobre enfermedades de alto costo. En casos contenciosos también ha llegado el debate de priorización. Un caso relevante en esta discusión es el caso Artavia Murillo contra Costa Rica, sobre la violación de los derechos sexuales y reproductivos como consecuencia de la prohibición de la fecundación *in vitro* (FIV) en dicho país. En ese caso, la Corte IDH, como reparación, ordenó que se incorporara en la política pública de salud el suministro de la FIV a personas que no tuvieran los recursos para costearla a través de entidades privadas. Esta decisión fue muy criticada, teniendo en cuenta que la inclusión de tratamientos como la FIV en los sistemas públicos de salud es debatida en el derecho comparado, pues en algunos países no se ha considerado como una prestación que deba ser priorizada por encima de otras intervenciones más urgentes en materia de salud pública y salud colectiva.

Cabe resaltar que la implementación de estos fallos ha generado diversos tipos de debates a nivel interno de los Estados. En el caso Artavia, el Gobierno presentó un proyecto de ley para regular el acceso a la FIV. Dicho proyecto fue rechazado y bloqueado por minorías que representaban intereses de religiones particulares y que contaban con una suerte de posibilidad de vetar estas iniciativas. Por tal razón, el Gobierno decidió regular el acceso al tratamiento por vía de decreto. Sin embargo, ello fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional de la Corte Suprema, con una interpretación muy restringida del principio de reserva de ley en la regulación de derechos fundamentales.

El Gobierno costarricense sometió este choque entre instituciones ante la Corte IDH, solicitando que dicho tribunal internacional apoyara los esfuerzos de implementación impulsados por el Ejecutivo. El tribunal de San José hizo una de las primeras audiencias públicas de supervisión de cumplimiento en su historia y emitió un pronunciamiento arbitrando entre los diversos choques interinstitucionales. Ello muestra el enorme dinamismo que ha alcanzado la supervisión de cumplimiento en el ámbito interamericano.

En relación con la supervisión de cumplimiento de sentencias que realiza la Corte IDH, cabe resaltar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no contiene una norma expresa que consagre esta facultad. Actualmente es el artículo 69 del Reglamento de la Corte el que rige la etapa de supervisión. Cabe recordar que fue la propia Corte la que decidió iniciar esta supervisión, lo cual fue explicado en la sentencia sobre competencia en el caso Baena Ricardo y otros contra Panamá, de 2003. Allí se precisó que esta potestad de supervisar el cumplimiento de sus sentencias es inherente al ejercicio de sus facultades jurisdiccionales y que el fundamento jurídico de esa competencia se encuentra en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en el artículo 30 del Estatuto de la Corte.[6]

Inicialmente el procedimiento era únicamente por escrito y se realizaba mediante solicitud de informes a los Estados y las correspondientes observaciones de los representantes de las víctimas y de la Corte IDH. Desde 2007 se comenzó a convocar audiencias privadas de supervisión de cumplimiento de sentencias. Al inicio de esta etapa se valoró el cumplimiento de los casos más antiguos, en los que el paso del tiempo generaba especiales desafíos para la implementación y el cumplimiento; hoy en día las audiencias de supervisión son una práctica constante en la mayoría de casos. En ellas el tribunal busca que las partes lleguen a acuerdos específicos que impulsen el cumplimiento y destraben los posibles obstáculos que frenan los avances. Asimismo, se promueve el planteamiento de cronogramas de cumplimiento a trabajar entre todos los involucrados. Tanto en la vía escrita como en el procedimiento oral, la Corte IDH recibe la información y emite resoluciones estableciendo si ha existido un cumplimiento total o parcial de lo ordenado.

En 2010 la Corte IDH inició la supervisión del cumplimiento de determinadas medidas de reparación en diversos casos de un mismo país. En ese año comenzó la supervisión conjunta de medidas de rehabilitación

---

[6] Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá, competencia, sentencia, 28 de noviembre de 2003, serie C n.º 104, párrafo 82.

(atención médica y psicológica) en nueve casos colombianos, la supervisión estratégica de la obligación de investigar y sancionar en once casos guatemaltecos y la cuestión de titulación de tierras de pueblos indígenas en tres casos paraguayos. En 2014, el tribunal conformó una unidad dentro de su Secretaría dedicada exclusivamente a la supervisión del cumplimiento de sentencias.

En 2015, cabe resaltar dos hitos en materia de supervisión de cumplimiento. En primer lugar, se realizó una primera audiencia privada conjunta con respecto a todos los casos hondureños pendientes de cumplimiento, fragmentando la audiencia en temas transversales a dichos casos —impunidad, defensores de derechos humanos y situación carcelaria—. Esta audiencia privada, realizada en la capital de Honduras, durante un periodo extraordinario de la Corte en dicho país, reunió a varias organizaciones de derechos humanos y a diversas instancias estatales con competencia en los temas mencionados. Esta audiencia fue de carácter histórico, teniendo en cuenta que era la primera vez que se hacía en el país responsable de las violaciones, lo cual permitía mayor y mejor participación tanto de las organizaciones de la sociedad civil involucradas como de las autoridades estatales pertinentes. El segundo hito se relaciona con la audiencia pública de supervisión de cumplimiento del caso Artavia, ya mencionada previamente. Esta audiencia fue relevante porque evidenció el papel que puede cumplir una audiencia pública —y no privada— de supervisión de cumplimiento en términos de movilizar a diversos actores institucionales, sociales y políticos en torno a la implementación de lo ordenado por los órganos interamericanos.

Por otra parte, cabe resaltar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula, en su artículo 65, la posibilidad de someter a la consideración de la Asamblea General de la OEA los casos de incumplimiento de los fallos. Sin embargo, en los contados casos en los que la Corte IDH ha ejercido esta facultad, resulta cuestionable la efectividad de esta medida y la respuesta política de los Estados miembros de la OEA. Una de las razones de esta situación podría ser la falta de procedimientos para dar seguimiento, dentro de la propia Asamblea General, a la decisión de aplicar el artículo 65 por parte de la Corte.

La implementación de decisiones sobre derechos sociales se enmarcará en estos escenarios institucionales de supervisión de cumplimiento. El ámbito interamericano puede enriquecerse de la experiencia colombiana sobre el monitoreo de las órdenes emitidas en sentencias estructurales, tal como se analiza a continuación.

Algunos hitos y debates en la implementación de la Sentencia T-760 de 2008[7]

Como es sabido, a través de la Sentencia T-760 de 2008[8] la Corte Constitucional adoptó una serie de órdenes judiciales cuyo objetivo central constituía desbloquear, en forma estructural, una serie de obstáculos para el acceso a la salud. Como es de esperarse, ello generó enormes desafíos, más aún si se tiene en cuenta que un importante antecedente de esta sentencia es que entre 1999 y 2008 se habían interpuesto más de 500 000 acciones de tutela relativas al derecho a la salud.[9] Los defectos del sistema de salud, en particular, la ausencia casi total de supervisión, vigilancia y control público, explican en gran medida el hecho de que los recursos judiciales sustituyeran a la regulación administrativa. Tal vez no había ninguna otra institución más consciente que la propia Corte de las distorsiones que podía

---

7 En este texto retomo algunos elementos de Oscar Parra Vera, "La protección del derecho a la salud a través de sentencias estructurales: notas sobre algunos retos y lecciones de la Sentencia T-760 de 2008 a sus ocho años de implementación", en *Los desafíos del litigio en materia de derechos económicos, sociales y culturales: perspectivas nacionales e internacionales*, coordinado por Julieta Di Corleto (Buenos Aires: Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación, 2017), 51-70; Oscar Parra Vera y Alicia Ely Yamin, "La Sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica", en *Tratado de derecho a la salud*, coordinado por Laura Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013), 2591-2649. Información actualizada sobre la implementación del caso —hasta 2015— se deriva de investigaciones del autor y en parte de entrevistas realizadas en junio de 2015, junto a Alicia Ely Yamin (directora de la investigación) y Julián Urrutia. Sobre esta investigación, véase Alicia Ely Yamin, "Case study: Colombian Constitutional Court case T-760/08: A report submitted to the Open Society Foundation's Law and Health Initiative and Open Society Justice initiative", *Health and Human Rights Journal* (2016). Agradezco en particular el diálogo sostenido en junio de 2015 con Pedro Santana, ACEMI, Juanita Durán, Franky Urrego, Mauricio Torres, Carolina Corcho, Oscar Bernal, Oscar Andia, Francisco Yepes y —en septiembre de 2015— Aquiles Arrieta. Asimismo, fue fundamental la entrevista sostenida con el magistrado Jorge Iván Palacio y funcionarios de su despacho, quienes estaban a cargo del seguimiento de la Sentencia T-760/08 (M. P. Manuel José Cepeda). En todo caso, las opiniones que desarrollo en este escrito no comprometen a ninguno de los entrevistados. Si bien el análisis cubre los desafíos hasta 2015, algunos de ellos ya superados, se toman algunos elementos de las entrevistas para efectuar un análisis muy general y abstracto sobre los desafíos de las sentencias estructurales.

8 Para un análisis más exhaustivo de esta sentencia, véase Alicia Ely Yamin y Oscar Parra Vera, "Judicial protection of the right to health in Colombia: From social demands to individual claims to public debates", *Hastings International & Comparative Law Review* 33, n.º 2 (2010): 431-459, y Alicia Ely Yamin, Oscar Parra Vera y Camila Gianella, "Colombia: Judicial protection of the right to health; An elusive promise?", en *Litigating health rights: Can courts bring more justice to health?*, editado por Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen (Cambridge: CMI/Harvard University Press, 2011). Véase asimismo César Rodríguez Garavito, "La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones", *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, compilado por Oscar Bernal y Catalina Gutiérrez (Bogotá: Universidad de los Andes, 2012), y Everaldo Lamprea Montealegre, *Derechos en la práctica: jueces, litigantes y operadores de políticas de salud en Colombia (1991-2014)* (Bogotá: Uniandes, 2015).

9 Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud* (Bogotá: Autor, 2009).

causar cierto tipo de intervención judicial en la política de salud y de las consecuencias desafortunadas que tenía ocuparse persona por persona de los problemas denunciados mediante las tutelas. Las órdenes estructurales contenidas en la Sentencia T-760 de 2008 intentan ser una respuesta al diagnóstico que hacía la Corte de la situación.

Algunos hitos en la implementación

Para efectuar una supervisión detallada de la implementación de la sentencia, la Corte decidió crear una Sala de Seguimiento, conformada por un equipo de trabajo liderado por tres magistrados de la Corte. En nueve años, la Sala de Seguimiento ha emitido decenas de autos relacionados con las 16 órdenes principales emitidas por la sentencia. Esta sentencia ha tenido enorme impacto en relación con el flujo de recursos en el sistema de salud. En un primer momento, para cumplir con la sentencia, el Gobierno impulsó un estado de excepción relacionado con la emergencia económica y social. Ello fue rechazado por la Corte, que resaltó que no era necesario utilizar un estado de excepción para tal efecto. Posteriormente el Gobierno adoptó diversas medidas respecto a la corrupción en el manejo de recursos y al control de precios de medicamentos.

En el Auto 78 de 2012, la Corte retomó los autos emitidos entre 2008 y 2012 como antecedentes para convocar a una audiencia de rendición de cuentas en relación con los temas de flujo de recursos. Además, hizo un balance y señaló las dificultades que impiden avanzar en el cumplimiento de las órdenes generales sobre flujo de recursos, entre ellos la insuficiencia en las fuentes de financiación del sistema y la incertidumbre acerca de la eficacia de las medidas adoptadas por los órganos de regulación. Por otra parte, evidenció la *suficiencia de recursos* asignados al sector salud, pero denunció que estos eran dilapidados. En efecto, para la Corte, lo que causa el desequilibrio financiero del sistema es la "indebida destinación de recursos, malversación de fondos y falta de mayor diligencia de algunos órganos de inspección, vigilancia y control". El tribunal reiteró consideraciones ya desarrolladas al declarar inexequible la emergencia social, y resaltó la existencia de sobrecostos debida a la intermediación de los medicamentos, aspecto que hace que los medicamentos en Colombia tengan un precio excesivamente mayor al de otros países.[10]

Como un importante efecto instrumental de la sentencia cabe resaltar que en estos años se ha producido un fuerte empoderamiento de algunas

[10] Corte Constitucional de Colombia, Auto 263/12 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), considerando 4.2.10.

instancias de control,[11] con fundamento en los derroteros señalados por la Corte. Se trata de un efecto directo, asociado a los cambios en las conductas de los órganos destinatarios de la decisión, y es también un indicador de proceso sobre los avances en los esfuerzos institucionales para implementar la sentencia. La Sentencia T-760 generó espacios de rendición de cuentas, que han sido aprovechados por varios organismos de control para impulsar sus tareas de inspección y vigilancia. Además, la Corte, a través de la sentencia y sus autos de supervisión, ha señalado una hoja de ruta sobre los principales asuntos en los que deberían focalizarse las tareas de supervisión.

Respecto a los impactos en relación con la precisión, actualización, unificación y acceso a los planes de beneficios, al emitirse la Sentencia T-760 de 2008, varios economistas argumentaron que la universalización y la unificación que ordenó esta sentencia era insostenible, teniendo en cuenta la crisis en la financiación del sistema, derivada del hecho de que el número de ciudadanos en el régimen contributivo era muy inferior al del régimen subsidiado. A pesar de estas objeciones en algunos sectores, durante varios años el Gobierno ha adoptado medidas sobre unificación y actualización del Plan Obligatorio de Salud (POS), y estas medidas han sido analizadas en muchos autos específicos emitidos por la Corte. Por ejemplo, en el Auto 105 del 8 de junio de 2010, la Corte formuló diversas preguntas a la Comisión de Regulación en Salud (CRES) relacionadas con los acuerdos que hasta ese momento había emitido dicho órgano con el objetivo de actualizar el POS. Entre otros aspectos, el tribunal indagó sobre los antecedentes y criterios para la emisión de dichos acuerdos; los servicios que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios, pero que van a ser incluidos gradualmente; las metas para la ampliación, y las fechas en las que serán cumplidas. Asimismo, se indagó por los servicios excluidos de los planes de beneficios, los criterios de actualización periódica, las medidas para superar las llamadas "zonas grises" y los mecanismos de participación e influencia real de la comunidad médica y de los usuarios. En los últimos años, la Corte ha continuado con un nivel de indagación profundo sobre la naturaleza y alcance de las medidas de regulación en estas materias.

La Corte convocó a una audiencia pública en la que intervinieron ministerios, órganos de control y representantes de la sociedad civil. Posteriormente, la Sala de Seguimiento emitió el Auto 226 de 2011, en el cual se fijaron parámetros y niveles de cumplimiento que el Gobierno y la CRES deberían seguir cuando realizaran las actualizaciones integrales del Plan

[11] Particularmente la Contraloría General de la República y las superintendencias de Salud y de Industria y Comercio, así como procesos disciplinarios impulsados por la Procuraduría General de la Nación.

de Beneficios, las cuales ocurrieron en 2011 y 2012. Es importante resaltar que, en dicho auto, la Sala de Seguimiento dialogó con los desarrollos más importantes en el derecho internacional respecto a indicadores de derechos humanos. En particular, fue mencionada la experiencia en la materia del relator especial de Naciones Unidas para el Derecho a la Salud y la CIDH, entre otros documentos relevantes de Naciones Unidas.

La Corte ha emitido algunos pronunciamientos críticos de los procesos de actualización y unificación que se han hecho en algunos momentos. Por ejemplo, en el Auto 261 del 16 de noviembre de 2012 la Corte señaló que no se habían evidenciado medidas tendientes a racionalizar el acceso a los servicios de salud por parte de los usuarios, no se había gestionado incentivo alguno para procurar la cotización de quienes tienen capacidad económica y en los procesos de unificación de los planes no se había acreditado la participación activa de los usuarios y la comunidad médica.[12] Estos problemas han sido enfrentados en los últimos años por las autoridades competentes y las medidas adoptadas están siendo objeto de valoración por la Corte.

Finalmente, cabe resaltar que la sentencia ha tenido un importante impacto en reformas al sistema de salud y en la ley estatutaria sobre el derecho a la salud. El gobierno Santos ha impulsado diversas reformas al sistema de salud, y algunas de las propuestas han estado influenciadas por lo señalado en la Sentencia T-760, especialmente con respecto a la concepción del derecho a la salud como derecho fundamental y a los alcances que podría tener su posible limitación.

Debates sobre la incertidumbre en relación con la información presentada por los actores

Durante entrevistas efectuadas a mediados de 2015, algunos actores señalaban como algo problemático que la Corte permaneciera demasiado tiempo sin pronunciarse sobre los informes que le presentan las partes sobre algunas de las órdenes. En este aspecto cabe decir que el monitoreo de la Sentencia T-760 tiene problemas similares al monitoreo que hace la Corte IDH, que en algunos casos ha sido criticado porque a veces pasan meses o años sin que se emitan decisiones que evalúen la información remitida por las partes. Para ciertas instituciones puede generarse un nivel de desgaste debido a la producción de informes sin recibir respuesta o, incluso, cuando se reciben órdenes que complejizan la función pública, por el hecho de que se requiere focalizar esfuerzos para responder a solicitudes puntuales

[12] Corte Constitucional de Colombia, Auto 261/12 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

efectuadas por la Corte. En otras ocasiones se ha criticado a la Corte por ciertos niveles de inflexibilidad en la concesión de plazos.

De otra parte, cierta tensión ha surgido en la valoración de los informes que los grupos de interés presentan ante la Corte. Un debate tiene relación con la forma como la Sala de Seguimiento podría haberle dado algún peso a ciertas posiciones de los grupos de seguimiento sin haber confrontado la información con la del Gobierno en el tema respectivo o sin haber contrastado en general la postura de los actores. Este aspecto es relevante para enfatizar las diferencias entre este caso y el proceso de seguimiento a una sentencia estructural previamente emitida en relación con desplazamiento forzado (la famosa Sentencia T-025 de 2004). Dicha sentencia se ocupaba de un tema en el que los actores involucrados no enfrentaban las enormes diferencias y asimetrías existentes entre sí, como sí ocurre con los actores en el sistema de salud —particularmente dentro de la sociedad civil—, que defienden intereses muchas veces contrapuestos (médicos, grupos de pacientes, aseguradoras, etc.).

Lo anterior tiene a su vez relación con los debates en torno a cómo priorizar en salud, lo cual exige valorar, como punto de partida, el tipo de intereses que tienen los participantes en el monitoreo de la implementación del fallo. Esto hace fundamental la transparencia en la información. Un debate, por ejemplo, gira en torno a las bases de datos sobre tutelas. La Defensoría del Pueblo ha utilizado la información disponible en la Corte Constitucional, pero se ha concentrado en variables muy particulares, que en ocasiones no ofrecen exhaustiva información sobre aspectos tan relevantes como la pertinencia técnica de las solicitudes.[13] Asimismo, se ha criticado que algunas solicitudes son registradas como tutela con respecto a temas del POS, cuando en realidad se tratan de aspectos en los que sí se tuvo acceso al POS, pero existe debate sobre algunas variables del tratamiento.

En el futuro, un tema relevante para la implementación de la sentencia y la valoración del alcance de la protección judicial del derecho a la salud debería estar marcado por una discusión pública sobre la metodología y alcances de las bases de datos que vienen utilizando tanto instituciones como organizaciones y universidades. Eliminar cualquier barrera no razonable en el acceso a las bases de datos constituye una regla ineludible para fortalecer la discusión pública en esta materia y enfrentar la complejidad derivada del uso de metodologías diferentes —aunque quizás complementarias— para evaluar las razones que explican el que todavía haya un uso

[13] Al respecto, una persona entrevistada en 2015 mencionó los esfuerzos por recolectar información con respecto a si los jueces habían evaluado el perfil socioeconómico del litigante, para ver si la persona tenía capacidad económica para cubrir la prestación con recursos propios, y si habían revisado la pertinencia técnica de la solicitud.

masivo de la tutela para el acceso a la salud, a pesar de haber transcurrido más de nueve años desde la emisión de la Sentencia T-760. Cabe recordar que uno de los objetivos de esta sentencia era que la tutela no fuera más un mecanismo necesario de acceso a la salud y que, por ende, el número de tutelas disminuyera.

Debates sobre el cierre o la interpretación amplia de algunas órdenes

Otros debates que han surgido en la implementación de sentencias nacionales e interamericanas se relacionan con la forma como se ha extendido la supervisión judicial hacia aspectos que parecieran no estar directamente ligados con las órdenes inicialmente emitidas en el fallo original.

Por ejemplo, en determinado momento se ha criticado el intento de la Corte Constitucional de evaluar el acceso efectivo a servicios más allá de la actualización y unificación de los planes, lo cual resulta complejo, particularmente cuando se trata de hacer informes de resultados en salud de los respectivos regímenes de acceso. Ello extiende el marco de análisis inicialmente previsto en el fallo, y se complejiza aún más si se tienen en cuenta las dificultades que puede enfrentar un tribunal para mantener un equipo que esté solamente dedicado al seguimiento de una sentencia; la tarea de este equipo podría volverse infinita.

A pesar de que a nivel internacional y comparado algunas cortes tienen mayores incentivos para intentar cerrar las órdenes relacionadas con los remedios judiciales que emiten, surgen debates sobre los escenarios en los que en realidad los tribunales adoptan decisiones para interpretar ampliamente las órdenes y abrirlas hacia temas no previstos.

El debate sobre la inclusión o no de la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015) dentro del análisis de la implementación de la T-760 adquiere especial relevancia en esta discusión. En cinco años de lo que iba su mandato hasta ese momento, el presidente Santos había radicado personalmente solo dos leyes ante el Congreso: la Ley de Víctimas y la Ley Estatutaria sobre el Derecho a la Salud. Ello dimensiona el valor político que se le quería dar a esta ley como un punto de partida para solucionar problemas estructurales del sistema de salud.

En términos generales, en esta ley se consagró expresamente el entendimiento del derecho a la salud como derecho fundamental y diversas reglas sobre su limitación. Diversos movimientos sociales, cercanos al Movimiento Nacional por la Salud y a la acción de la Secretaría de Salud durante la Alcaldía del anterior alcalde de Bogotá, veían en la Ley Estatutaria una visión de la salud radicalmente distinta al modelo neoliberal adoptado en la Ley 100 de 1993. Por el contrario, desde algunas intervenciones públicas del Ministerio de Salud, se observa la defensa de la Ley Estatutaria como

un escenario de defensa del modelo, pues se ve en esta ley un conjunto de ajustes para corregir las imperfecciones del mercado en esta materia y la posibilidad de impulsar el concepto de integralidad en la atención a la salud y el análisis de priorización en salud en forma adecuada.[14]

Quienes defienden la Ley Estatutaria como un rompimiento del modelo adoptado en 1993 defienden a su vez que la Corte Constitucional involucre en el seguimiento de la Sentencia T-760 un análisis de dicha ley. En alguna medida se ve allí el camino para que la Corte Constitucional efectuara una crítica más profunda contra el modelo de la Ley 100. Por el contrario, algunas personas entrevistadas consideran que tal tipo de análisis en el seguimiento de la T-760 desborda el objetivo central de dicho fallo, que se concentró en las principales barreras de acceso a la salud. Asimismo, desde esta perspectiva, si la Corte hiciera una crítica fuerte del modelo de salud, podría abrir una puerta de cuestionamientos sobre su legitimidad para ello, e incluso sobre las condiciones de posibilidad para hacer un seguimiento razonable a la implementación del fallo.

Sea cual sea la decisión que adopte la Corte Constitucional en la materia, ella constituirá un ejemplo de los desafíos del monitoreo de sentencias estructurales. En efecto, al momento de la emisión de la sentencia, algunos movimientos sociales manifestaron su escepticismo porque se anclaba en el lenguaje de la Ley 100, que se denuncia como neoliberal. Lo interesante del asunto es que, paradójicamente, dentro del movimiento por la salud la sentencia se constituyó un punto de encuentro para volver a dinamizar la movilización, y la lucha por la Ley Estatutaria implicó un acercamiento entre grupos contrarios a la Ley 100 que no se habían acercado en el pasado —como la Junta Médica, el Movimiento Nacional por la Salud, etc.—.[15]

Asimismo, corresponde debatir críticas en torno a presunta "microgerencia" en el marco del seguimiento de la T-760. Se critica en este punto la presunta utilización del seguimiento al fallo estructural como justificación para analizar la situación específica de centros de salud en las zonas más pobres de Colombia. Es previsible que surjan algunos problemas para el monitoreo al involucrar un análisis de situaciones críticas específicas en algunas regiones o en algunos temas como parte del seguimiento de la

---

[14] Incluso el ministro de Salud ha manifestado su disenso con la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional de los alcances de la Ley Estatutaria en relación con las posibles limitaciones razonables y proporcionales que puede tener el derecho a la salud.

[15] Las entrevistas efectuadas a Mauricio Torres y Carolina Corcho fueron especialmente relevantes para entender la complejidad y el dinamismo de la discusión sobre la movilización social por la salud en Colombia y la adopción de la Ley Estatutaria del derecho a la salud. Sobre los debates específicos en torno a la movilización por la salud en Colombia, véase Mauricio Torres Tovar, *Lucha social contra la privatización de la salud* (Bogotá: CINEP, 2012).

sentencia.[16] Por una parte, su seguimiento se transformaría en un escenario poco idóneo para plantear todos los debates complejos del sistema de salud. Por otra parte, la posibilidad de cerrarla sería inviable. En entrevista con el entonces magistrado Jorge Iván Palacio y miembros de su despacho, fue explicado el análisis del Hospital de Quibdó (una de las ciudades más pobres de Colombia) como un caso representativo de problemas, sin que hubiera una pretensión necesariamente micro. El énfasis en dicho hospital se explicaba por el hecho de llevar varios años intervenido por el Estado, por lo que resultaba ilustrativo de las fallas del sistema. Este enfoque es muy relevante y valioso para dinamizar la implementación de la Sentencia T-760, pero pueden surgir discusiones sobre la complejidad de abrir el seguimiento a muchos escenarios que resulten siendo ilustrativos de dichas fallas.

En el marco de lo que analizo en este segmento, otro desafío para la implementación de la sentencia lo constituye el hecho de que los procesos de seguimiento de sentencias enfrentan el reto del cambio en la composición de cortes y juzgados. Es posible que quien esté a cargo de la implementación tenga una visión diferente de las controversias en juego respecto al juez que emitió el fallo. El magistrado Manuel José Cepeda fue el ponente de la sentencia (2008) y el magistrado Jorge Iván Palacio estuvo a cargo de su implementación entre 2009 y 2017. En 2017 asumió como magistrado sustanciador el magistrado José Fernando Reyes Cuartas. Es de esperarse que el cambio en los magistrados sustanciadores enriquezca y dinamice el análisis; sin embargo, también involucra necesariamente nuevas visiones en torno al sentido que debe tomar la intervención judicial en casos estructurales y nuevas visiones sobre los principios de separación y complementariedad entre los poderes públicos.

---

[16] En el Auto 100/14 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), sobre la construcción de un puesto de salud en un municipio concreto, la Sala de Seguimiento concluyó que "lo expuesto sugiere que los resultados obtenidos con la política pública, *prima facie*, no son los esperados, por cuanto diferentes fuentes como los informes de las autoridades, las peticiones ciudadanas, los reportes de los medios de comunicación y la propia jurisprudencia de esta Corporación dan cuenta de casos en los que pacientes siguen siendo sometidos a una atención extemporánea, a pesar de haber transcurrido más de cinco años después de que se ordenara corregir dichas circunstancias, a través de la Sentencia T-760 de 2008". Corte Constitucional de Colombia, Auto 100/14 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio). Este tipo de enfoques puede resultar problemático porque casos individuales, procesos judiciales con debates probatorios específicos e información de prensa no contrastada, sin mayor participación del Ministerio de Salud, pueden guiar el enfoque del seguimiento por encima de un debate más abierto y transparente liderado por la propia Corte.

Algunos retos en materia de participación

La insistencia de la Sentencia T-760 de 2008 en que se garantice la debida participación de todos los actores relevantes e involucrados y afectados con la políticas de acceso a la salud constituye una influencia de lo que desde el derecho internacional de los derechos humanos se ha entendido como enfoque de derechos en relación con las políticas sociales. Conviene entonces precisar algunos elementos conceptuales sobre qué estamos entendiendo como participación. Desde un marco de derechos humanos la participación debe incluir: i) mecanismos institucionales para asegurar que la población pueda participar, ii) construcción y fortalecimiento de capacidades para la participación, iii) mecanismos de participación en las diferentes etapas del proceso (desde la elaboración de la agenda hasta la elaboración de las herramientas de monitoreo y evaluación), y iv) mecanismos de rendición de cuentas y revisión dinámica y permanente de decisiones relevantes.

Desde esta perspectiva, la participación es más que una herramienta de consulta utilizada para explorar las necesidades y opiniones de la población; es un mecanismo de construcción colectiva, una herramienta democrática que permite a las sociedades debatir sobre sus valores, estructuras y hacia dónde se quieren dirigir.[17] Las deficiencias que pueda tener un proceso de participación pueden poner en riesgo la legitimidad de los resultados de la implementación de la Sentencia T-760 de 2008, así como el apoyo de parte de la sociedad a ella.

En este punto, la participación ciudadana no puede entenderse como participación individual de usuarios, clientes, consumidores de servicios de salud, en lugar de ciudadanos titulares del derecho a la salud. La opinión de "clientes" no puede tener un peso superior al de la deliberación colectiva y crítica que debe hacer la ciudadanía a través de diversas formas organizativas.[18] En este punto, los ciudadanos deben contar con información para entender el alcance de las consultas, la revisión de las decisiones adoptadas y la rendición de cuentas. Ello implica que permanentemente las personas reciban documentos o material asociado a la implementación

---

17 Camila Gianella, Oscar Parra-Vera, Alicia Ely Yamin y Mauricio Torres, "¿Deliberación democrática o mercadeo social? Los dilemas de la definición pública en salud en el contexto del seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008", *Health and Human Rights* 11, n.º 1 (2009): 1-13; también publicado en AA. VV., *La Sentencia T-760: alcances y limitaciones* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2010), 107-132, https://bit.ly/2QZZFAM.

18 Gianella, Parra-Vera, Yamin y Torres, *op. cit.*

de la sentencia, cuyo contenido sea completo, pertinente, confiable y comprensible.[19]

La participación debe entonces ir más allá de la posibilidad que tienen los usuarios, como consumidores, de regular el trabajo de los proveedores de servicios de salud. En ocasiones ello resulta complejo, teniendo en cuenta el contexto en el que se da la relación entre el proveedor de los servicios de salud y los usuarios, en donde, por regla general, el proveedor suele tener el poder del conocimiento, y por ello un mayor poder en la toma de decisiones.[20] En otras palabras, en el marco de la atención integral en salud, se debe propender por una participación que no se refiera únicamente a relaciones individuales proveedor-usuario/consumidor, sino más bien a la participación de ciudadanos y comunidades en la implementación y revisión de las políticas de acceso a la salud. Es en este escenario donde resulta posible una participación que permita un diálogo democrático entre técnicos, expertos y ciudadanos.

Cabe resaltar que este modelo de *participación crítica* debe entenderse como un proceso constructivo permanente. Asimismo, la medición o valoración de la participación debe involucrar una narrativa, contextualizada y dialógica, en la cual se deben situar los problemas que las personas encuentran para acceder a las prestaciones en salud que les corresponden.

Retomando las características de un modelo de participación basado en el enfoque de derechos humanos, y tal como lo plantean autores como Torres, Méndez y Carmona, la participación social y el servicio a la ciudadanía pueden proyectarse en acción política organizada para empoderar a la ciudadanía, fortalecer su tejido social, con miras a construir poder para incidir efectivamente en el conjunto de decisiones públicas en salud, a favor de la resolución de las necesidades sociales y sanitarias.[21] Esta visión sobre participación y empoderamiento es también compartida por la antigua relatora especial de Naciones Unidas sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, Magdalena Sepúlveda, quien presentó su enfoque sobre participación como un mecanismo para desafiar formas de dominación que privan a las personas de agencia y autodeterminación.[22] De allí que

---

19 Estos son los criterios que ha utilizado la Corte Constitucional de Colombia al valorar la información que es suministrada por instituciones tanto a dicho tribunal como a organizaciones encargadas del monitoreo de algunos de los fallos emitidos por dicha corporación.

20 María Teresa Ronderos, "Lo mejor y lo más débil del sistema de salud colombiano", *Revista Semana*, 7 de junio de 2009, https://bit.ly/2R2GupQ

21 Mauricio Torres-Tovar, Iván Méndez-Sandoval y Luz Dary Carmona-Moreno, "Experiencia de diseño de la política de participación social en salud en Bogotá", *Investigaciones en Seguridad Social y Salud* 14, n.º 2 (2015).

22 Organización de las Naciones Unidas, *Informe ante el Consejo de Derechos Humanos*, 9 de agosto de 2012, http://bit.ly/2VxhMPS

la política de participación deba ser diferente según los contextos de cada ciudad y municipio, dependiendo de las dinámicas de articulación entre los individuos y grupos vulnerables y fortaleciendo dinámicas construidas "desde abajo", a partir de procesos dinámicos de escucha y diálogo permanente.[23]

Lo anterior no demerita la participación institucionalizada, sin embargo, le quita cierto nivel de protagonismo en algunos contextos. En efecto, en ocasiones, cuando los espacios y la forma de participación en salud están ligados a las instituciones de atención sanitaria, se limita la discusión a asuntos relacionados tan solo con la prestación de servicios de salud, sin que se logre integrar un contexto de discusión más amplio, como, por ejemplo, la discriminación estructural que sufren algunos grupos en diversos espacios sociales e institucionales. El impulso de participación social se verá fortalecido cuando surjan más demandas de participación en forma espontánea desde las comunidades.

Algo que debe evitarse en las tareas futuras se relaciona con lo que podría asociarse con la "participación inducida" y la "participación instrumentalizada".[24] En estos escenarios se convoca a la comunidad y se esgrime su participación para legitimar decisiones que la institucionalidad ya ha tomado, sin contar efectivamente con la opinión de las comunidades. También se debe evitar la "participación sin eficacia", es decir, aquella donde la capacidad de incidencia de las comunidades sobre la toma de decisiones es muy precaria.

Otro aspecto que merece especial atención se relaciona con la importancia de determinar hasta qué punto puedan existir problemas en los mecanismos democráticos de representación que generen una fractura entre los líderes sociales y sus bases. En otras palabras, un eventual "divorcio" entre representados y representantes que están lejos de las bases comunitarias. Lógicas clientelares, luchas entre micropoderes y afanes innecesarios de protagonismo pueden agravar aún más este tipo de situaciones.[25] Asimismo, en zonas donde el conflicto armado ha sido especialmente fuerte para aterrorizar a la población, ello impacta directamente en el miedo de

---

[23] En similar sentido con respecto a la participación en diversas políticas de salud, véase Alicia Ely Yamin, "Power and participation", en *Power, suffering and the struggle for dignity: Human rights frameworks for health and why they matter*, 157-179 (Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 2016), y Rene Loewenson, Asa C. Laurell, Christer Hogstedt, Lucia D'Ambruoso y Zubin Shroff, *Investigación-acción participativa en sistemas de salud: una guía de métodos* (Canadá: TARSC, AHPSR, WHO, IDRC Canadá, EQUINET, Harare, 2014), https://bit.ly/2SENO7X

[24] Torres-Tovar *et al*., "Experiencia de diseño de la política de participación social en salud en Bogotá", *op. cit*., y Yamin, "Power and participation", *op. cit*.

[25] Torres-Tovar *et al*., "Experiencia de diseño de la política de participación social en salud en Bogotá", *op. cit*.

las personas a movilizarse y, en general, crea más temores con respecto al involucramiento en procesos de participación social.[26]

En el caso de la participación en salud en el marco de la implementación de la Sentencia T-760 de 2008, algunas críticas han surgido por la excesiva fe en la existencia de un proceso deliberativo y también por ignorar las relaciones de poder asimétricas entre los diferentes grupos afectados de la población. En este punto, la justicia dialógica puede tener serias limitaciones si el contexto respectivo impide una discusión transparente e integral de las variables relevantes. En particular, es importante distinguir entre un cumplimiento nominal de la sentencia de la Corte y las estrategias para eludir su cumplimiento efectivo.

Por otra parte, algunos temas centrales no han ameritado mayor discusión. En efecto, a pesar del repetido argumento de la escasez de recursos, no se ha promovido un debate público transparente en los órganos legislativos o en otros foros sobre los alcances de un POS unificado y sobre los debates que podría generar la expansión de beneficios y cobertura para la sostenibilidad financiera de todo el sistema.

El contexto colombiano, además de presentar desigualdades sociales extremas, se caracteriza por la presencia de ciertos grupos de interés —como el de las aseguradoras—, que están bien organizados y ejercen una gran influencia económica, mientras que los pacientes más pobres tienen pocos o inexistentes medios económicos y sus procesos de organización son limitados y atraviesan diversas dificultades. Por consiguiente, es muy posible que algunas "reglas del juego" para una deliberación democrática sobre los parámetros del derecho a la salud refuercen los profundos desequilibrios de poder. Algunos críticos consideran que durante algunos momentos de la implementación de la sentencia podría haber ocurrido ello, por ejemplo, en momentos en los que ni la llamada CRES (Comisión de Regulación en Salud) ni la Superintendencia de Salud habían sido capaces de supervisar a las EPS; a las grandes farmacéuticas, enriquecidas con los precios de medicamentos, o a otros poderosos grupos de interés, como algunos congresistas con intereses en el sector. Por lo pronto, cabe resaltar que durante el control sobre la emergencia social y la supervisión de cumplimiento de la Sentencia T-760, la Corte ha iniciado un control sobre la forma en que algunas EPS se han enriquecido y utilizado grandes cantidades de dinero de la salud en gastos excesivos de administración, intermediación y transacciones comerciales. Este aspecto es fundamental para repensar no solo el modelo establecido en la Ley 100, sino también el valor que otorga la sociedad colombiana al derecho a la salud.

---

[26] Experiencias de participación en salud en Colombia, Guatemala y Perú son ejemplos al respecto. Véase Yamin, "Power and participation", *op. cit.*

Conclusiones

En este texto he ofrecido un diálogo muy preliminar entre desarrollos importantes a nivel interamericano y nacional con respecto a la implementación de decisiones judiciales. Asimismo, he aludido a ciertos niveles de eficacia de algunas decisiones en materia de derechos sociales. Como lo demuestran las experiencias analizadas, el ámbito de monitoreo o supervisión de cumplimiento tiene una vocación de conciliación que en ocasiones entra en tensión con el ámbito adjudicativo en el marco de la contención entre partes. Ello ha generado que, a través del impulso de diálogos en las fases de monitoreo, la intervención de las cortes adquiera especial dinamismo y creatividad para hacer realidad la materialización de los derechos sociales.

Sin embargo, tanto en las decisiones interamericanas como en sentencias estructurales colombianas se pueden observar complejos retos para el activismo judicial "dialógico", puesto que las profundas desigualdades sociales y de poder, la violencia y sus consecuencias directas para la movilización social, y la precariedad del Estado de derecho hacen que el verdadero diálogo democrático sea extremadamente difícil. Las propias razones sociopolíticas que llevaron a una mayor judicialización de los derechos sociales limitan también las posibilidades de conseguir cambios sociales transformadores en el campo de los derechos sociales mediante la intervención judicial.

Constantemente se seguirá debatiendo sobre el modelo de gestión judicial más apropiado para enfrentar los desafíos asociados a la implementación de decisiones en derechos sociales que tengan una vocación de impacto estructural. En particular, seguirán los debates entre visiones más amplias y más restringidas sobre el alcance de las órdenes emitidas y su relación con principios de separación y complementariedad entre los poderes públicos. Las cortes deben continuar su labor creativa en el impulso de un rol diligente del poder judicial para contribuir en la superación de las crisis institucionales que generan la precariedad en la materialización de los derechos sociales, sin entregar exclusivamente a los jueces la responsabilidad final por las transformaciones estructurales que se necesitan en esta materia.

Evolución jurisprudencial del derecho a la salud

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS*

El texto constitucional consagra el derecho a la seguridad social[1] y establece que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado.[2] Sin embargo, este concepto fue desarrollado paulatinamente por la jurisprudencia constitucional, hasta que finalmente el legislador reconoció su carácter de derecho fundamental autónomo mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015.

Sobre las dimensiones del derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional

La Corte Constitucional ha señalado[3] que la protección ofrecida a la salud por el texto superior y el bloque de constitucionalidad, como bien jurídico que goza de especial protección, se da en dos sentidos: en primer lugar, de acuerdo al artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público,

* Es magistrado de la Corte Constitucional desde el 27 de agosto de 2017. Abogado de la Universidad de Caldas, especialista en Estudios Penales de la misma institución. Durante su trayectoria laboral ha sido juez penal municipal de Manizales, de Circuito en Anserma y Aguadas, procurador judicial y delegado. Su destacado trabajo le ha merecido los reconocimientos con las medallas José Ignacio de Márquez y Rodrigo Jiménez Mejía como mejor funcionario en el Distrito Judicial de Manizales. Su trabajo en la rama judicial lo combina con la docencia en posgrado en las universidades de Caldas, Externado, Santo Tomás y de Antioquia, entre otras. Antes de ser magistrado de la Corte Constitucional fue magistrado del Tribunal Superior de Manizales, a donde llegó por concurso en el 2004.

1 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, 6 de julio de 1991, artículo 48.

2 Ibíd., artículo 49.

3 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-200/07 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

cuya organización, dirección y reglamentación corresponde al Estado. La prestación de este servicio debe ser realizada bajo el impostergable compromiso de satisfacer los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, que, según dispone el mencionado artículo 49, orientan dicho servicio. El diseño de las políticas encaminadas a la efectiva prestación del servicio público de salud debe estar, en todo caso, fielmente orientado a la consecución de los altos fines a los cuales se compromete el Estado, según lo establece el artículo 2.° del texto constitucional.

La segunda dimensión en la cual es protegido este bien jurídico es su estructuración como derecho. Sobre el particular, la jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud no es de aquellos cuya protección puede ser solicitada *prima facie* por vía de tutela. No obstante, en una decantada línea que ha hecho carrera en sus pronunciamientos, se ha considerado que una vez superada la indeterminación de su contenido —que es el obstáculo principal a su estructuración como derecho fundamental— por medio de la regulación ofrecida por el Congreso de la República y por las autoridades que participan en el Sistema de Seguridad Social, las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las instituciones de este sistema adquieren el carácter de derechos subjetivos.

Conexidad con un derecho fundamental (1992-2003)

En una primera etapa, se otorgó la protección del derecho a la salud en virtud de la conexidad con derechos fundamentales contemplados en la carta.

Así, en la Sentencia T-597 de 1993 se indicó que la Constitución política no reconoce directamente el derecho a la salud —bien natural que escapa a las posibilidades de un Estado—, sino el derecho a la tutela de la salud, esto es, a su protección y recuperación. Se trata, entonces, del derecho de las personas al conjunto de prestaciones del Estado que velan por la salud. Este tipo de derechos —económico-sociales— deben ser desarrollados por el legislador, lo que apareja una amplia discrecionalidad en la adopción de pautas políticas de programación y puesta en obra, pero sin desconocer los mandatos constitucionales que hacen imperativa su ejecución.

En ese momento, teniendo en cuenta que se le catalogaba como un derecho de prestación, de los denominados económicos, sociales y culturales, el tribunal constitucional afirmaba que no era susceptible de protección mediante la acción de tutela sin que su transgresión conllevara el desconocimiento de una garantía fundamental, cuyo amparo sí es de aplicación inmediata. Así se estatuye la tesis de la conexidad, que exige el análisis detallado en el cual se ponga en relación una interpretación normativa de tipo sistemático de las normas constitucionales en juego con un estudio detallado del caso y de sus implicaciones.

Al respecto, en la Sentencia SU819 de 1999, la Corte aseveró que

> una de las hipótesis en que los derechos a la seguridad social y a la salud cambian su carácter programático, e involucran el poder para exigir del Estado el derecho a la atención, es la del afiliado a una entidad de seguridad social. Empero, en ese caso, para que los derechos a la seguridad social o a la salud se consideren como derechos fundamentales, es necesario que cumplan los presupuestos destacados por la jurisprudencia de la Corte: primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto.[4]

Fundamentalidad de los derechos de los niños

Sin perjuicio de lo anterior, desde la propia expedición de la Constitución la protección de la salud se concedía como derecho fundamental autónomo exclusivamente al tratarse de menores de edad, en concordancia con lo prescrito en el artículo 44 superior, que además le otorga carácter prevalente sobre los derechos de los demás.

En la Sentencia SU225 de 1998, se manifestó que el deseo del constituyente al incluir el catálogo de derechos en el referido artículo 44 era que

> las personas, desde la infancia, tuvieran acceso a este código axiológico, mediante un compromiso real y efectivo de la sociedad para garantizar las condiciones que les permitieran crecer en igualdad y en libertad, con justicia y respeto por las opiniones y creencias ajenas. En estas circunstancias, es razonable suponer que el menor accederá a la mayoría de edad como una persona libre y autónoma, que conoce los valores de igualdad y justicia que informan la Carta y que, por lo tanto, se encuentra en capacidad de defenderlos y promoverlos. Estas y otras consideraciones explican que la Constitución declare, de manera expresa, la especial protección constitucional que merecen los derechos fundamentales de los niños en el territorio nacional.[5]

En esa medida, dicho mandato dota de facultades al juez constitucional para disponer de todos los recursos necesarios para asegurar a la población infantil la prestación de los servicios de promoción, protección y recuperación integral de su salud.

---

4 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU225/98 (M. P. Álvaro Tafur Galvis).

5 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU225/98 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Puntalmente, en esa providencia reconoció que el derecho a la salud de los niños se traduce en deberes implícitos para la familia, la sociedad y el Estado, responsables de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos. Ello bajo el entendido de que

> hace parte del núcleo esencial del derecho a la salud de los menores, el atentado grave —por acción o por omisión— contra su salud, que de ninguna manera puede ser evitado o conjurado por la persona afectada y que pone en alto riesgo su vida, sus capacidades físicas o psíquicas o su proceso de aprendizaje o socialización. En consecuencia, nada obsta para que el juez, ante la demostración de tan grave circunstancia, profiera la orden adecuada para liberar al menor de la situación de extrema necesidad en la que ha sido puesto por acción u omisión de los agentes constitucionalmente responsables de asegurar la plenitud de sus derechos.[6]

Fundamentalidad del derecho a la salud por vía jurisprudencial (2003-2014)

Con posterioridad a la fase de protección por conexidad, la Corte avanzó en el amparo del derecho a la salud y modificó su jurisprudencia en el sentido de postular que debe ostentar la categoría de fundamental y autónomo por su relación y conexión directa con la dignidad humana, principio inspirador del Estado social de derecho.

Tal postura fue adoptada a partir de la Sentencia T-859 de 2003, en la cual se señaló el derecho a acceder a los servicios determinados en los planes obligatorios y básico de salud derivados de la normativa vigente y de los elementos establecidos en la Obligación General 14, expedida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, "por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas —contributivo, subsidiado, etc.—".[7]

En esa oportunidad, la Corte reiteró el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos, concluyendo que

> la naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el POS, se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho

---

6 Ibíd.

7 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-859/03 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

> fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.[8]

A partir de ese fallo, de manera pacífica y consolidada la jurisprudencia ha reiterado la categoría autónoma de fundamentalidad para el derecho a la salud y la procedibilidad de su amparo por vía de la petición de amparo constitucional

> en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, con la necesidad de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cuál sea la persona que lo requiera.[9]

En tal sentido, si se cumplían los requisitos establecidos en la regulación legal y reglamentaria que determinen las prestaciones obligatorias en salud y los criterios de acceso al sistema, todas las personas pueden hacer uso de la acción de tutela para obtener la protección efectiva de su derecho fundamental a la salud ante cualquier amenaza o violación.[10]

Sentencia T-760 de 2008

La Sentencia T-760 de 2008 fue el resultado de la revisión de 22 acciones de tutela en las que se evidenciaban obstáculos que impedían el goce efectivo del derecho a la salud, como consecuencia de fallas estructurales en el Sistema Integral de Seguridad Social en Salud. Para su desarrollo fueron tomadas como fuentes la Constitución política, las leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007, así como la amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud.

En esta providencia se reiteró que

> el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. […] El Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] advierte que "todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente",[11] y resalta que se trata de un derecho

---

8 Ibíd.

9 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-201/09 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

10 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-016/07 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

11 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), artículo 12, contempla "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, 16 de diciembre de 1996.

> ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos. Observa el Comité que el concepto del "más alto nivel posible de salud" contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro que este no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de "buena salud", sino a garantizar "toda una gama de facilidades, bienes y servicios" que aseguren el más alto nivel posible de salud.[12]

La sentencia agrupó los problemas identificados en el sistema en las siguientes categorías:

- Zonas grises en las coberturas de los planes obligatorios de salud (POS) de los regímenes contributivo y subsidiado, que servían de justificación para que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) negaran servicios incluidos en este.
- Diferencias entre los beneficios del plan obligatorio del régimen contributivo y del subsidiado.
- Falta de reglamentación sobre el acceso a los servicios no incluidos en el plan de beneficios, que eran requeridos con necesidad por los usuarios del sistema.
- Demoras y obstáculos en el procedimiento de recobros que impedían a las EPS recibir el reembolso por parte del Fosyga y las entidades territoriales de los dineros cancelados con ocasión de la prestación de servicios no incluidos en el POS.
- Falta de información de los usuarios del sistema de salud respecto de sus derechos, deberes y del desempeño de las EPS.
- Desconocimiento del principio de universalidad contenido en el artículo 49 de la Constitución política.

Es preciso señalar que esta providencia no declaró en forma explícita un estado de cosas inconstitucionales (ECI), sin embargo evidenció la violación sistemática de derechos fundamentales y falta de medidas por parte del Gobierno nacional para superar dicha situación, características propias de los ECI.

---

[12] "Un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona". Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n.° 14 "El derecho del más alto nivel posible de salud" (2000).

Con ocasión de problemas enunciados en la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, esta impartió 16 órdenes con el propósito de que el Gobierno nacional, a través de las diferentes entidades responsables, adoptara las medidas necesarias para superar los graves problemas que aquejaban al sistema y de esta forma garantizara a la población colombiana el acceso real a los servicios de salud y el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

Las órdenes proferidas conforman los siguientes seis grupos temáticos:

- Precisión, actualización, unificación y acceso a los planes de beneficios.
- Sostenibilidad financiera y flujo de recursos dentro del sistema de salud.
- Carta de derechos y deberes de los usuarios y de desempeño de las EPS.
- Cobertura universal en salud.
- Medición de las acciones de tutela que interponen los usuarios del sistema.
- Divulgación de la sentencia.

El primero de ellos contiene directrices tendientes a:

i) Implementar acciones con el propósito de garantizar el acceso efectivo a los servicios de salud, a toda la población colombiana (orden 16).

ii) Adoptar las medidas necesarias para superar las fallas de regulación de los planes de beneficios mediante su actualización integral; definir los servicios incluidos y los excluidos, entendiendo que estos últimos serían incluidos gradualmente, así como los suprimidos, presentando la justificación para ello. Lo anterior, atendiendo a la sostenibilidad, financiación de la unidad de pago por capitación (UPC) y las demás fuentes de recursos del sistema y garantizando la participación de los usuarios y la comunidad médica. Estas medidas debían ser adoptadas con anterioridad al 1 de febrero de 2009 (orden 17).

iii) Actualizar de forma periódica los planes de beneficios, señalando que esto se debía realizar por lo menos una vez al año (orden 18). No obstante, con la expedición de la Ley 1438 de 2011, el término para la actualización se amplió a dos años.

iv) Crear un registro trimestral de negación de servicios que debe ser entregado por las EPS al Ministerio de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud y la Defensoría del Pueblo. Lo anterior, con el propósito de identificar cuáles son las prestaciones no autorizadas por el Comité Técnico Científico (CTC) o los aseguradores y las razones de esa decisión, lo que a largo plazo debería lograr que no se nieguen tecnologías incluidas en el POS (orden 19).

v) Adoptar las medidas para identificar las EPS y las IPS que con mayor frecuencia se niegan a autorizar oportunamente servicios incluidos en el POS o que son requeridos por los usuarios con necesidad, así como las decisiones adoptadas como consecuencia de ello (orden 20).

vi) Unificar los POS del régimen contributivo y del subsidiado para niños y niñas. Para ello estableció como plazo el 1 de octubre de 2009 y advirtió que para el proceso de unificación se debían realizar ajustes a la UPC de los niños para garantizar la financiación de la ampliación de coberturas (orden 21).

vii) Unificar en forma gradual y sostenible los POS del régimen contributivo y del subsidiado, atendiendo las prioridades de la población determinadas en estudios epidemiológicos y la sostenibilidad financiera (orden 22).

viii) Diseñar un procedimiento directo que permita al médico tratante solicitar la autorización de los servicios no incluidos en el POS, de manera que el tiempo que este dure no afecte la salud del afiliado. En paralelo, el Ministerio de la Protección Social debía adoptar las medidas para garantizar que se sometiera a consideración de los CTC la aprobación de medicamentos no incluidos en el POS, así como de las actividades, procedimientos e intervenciones explícitamente excluidas del plan de beneficios, cuando fueran ordenados por el médico tratante (orden 23).

El segundo grupo temático, está conformado por órdenes de contenido económico, que pretenden garantizar las sostenibilidad financiera del sistema y el flujo adecuado de los recursos dentro de él, toda vez que el estudio de los casos concretos permitió identificar que la insuficiencia de recursos obstaculizaba el acceso a los servicios de salud y el goce efectivo del derecho. En consecuencia, se profirieron las siguientes órdenes:

i) Adoptar las medidas para garantizar que el procedimiento de recobros que deben adelantar las EPS y las entidades territoriales ante el Fosyga, hoy la ADRES, sea ágil y garantice el adecuado y oportuno flujo de recursos en el interior del sistema. Esta también es una orden global, y para su cumplimiento se deben cumplir por lo menos las siguientes tres disposiciones.

ii) Remover dos motivos de glosa que impiden a las EPS realizar el recobro de los dineros cancelados con ocasión de servicios y prestaciones no cubiertas por el POS que constituían obstáculos ilegítimos impuestos por el Fosyga. El primero de ellos, denominado "fallo de tutela", hace referencia a la exigencia de firmeza de la decisión, que incluía el haber surtido el trámite de eventual revisión o que la parte resolutiva de la sentencia no dispone el recobro; el segundo motivo, denominado

"principio activo en POS", se presentaba cuando el medicamento era ordenado en presentación comercial, estando su principio activo incluido en el POS, caso en el cual se dispuso se debía reconocer a las EPS la diferencia entre uno y otro. Adicionalmente, dispuso que el Ministerio debía acreditar las gestiones tendientes al levantamiento de esas glosas en las solicitudes de recobro que habían sido objetadas por los motivos expuestos.

iii) Diseñar un plan de contingencia que permitiera tramitar las solicitudes de recobros que se encontraban represadas a 30 de septiembre de 2008 y agilizar el pago de aquellas que habían acreditado los requisitos, pero aún no habían sido canceladas. Asimismo, esta providencia señaló plazos para dicho pago.

iv) Adoptar medidas para que el sistema de verificación, control y pago de recobros sea eficiente y el Fosyga desembolse de forma oportuna los dineros reconocidos a las EPS. Asimismo, la sentencia señaló que para ello el Ministerio debería considerar aspectos tales como: la garantía del flujo oportuno y efectivo de recursos para financiar los servicios de salud; la definición de un trámite ágil y claro para auditar las solicitudes de recobro sin que el tiempo que durara el auditaje obstaculizara el flujo de los recursos, la transparencia en la asignación de los recursos del Fosyga y la asignación de los recursos para la atención eficiente de las necesidades y prioridades de la salud.

El siguiente asunto del que se ocupó la Corte es el concerniente al derecho que tienen los usuarios del sistema de conocer, antes de afiliarse, sus derechos, deberes y el desempeño de las EPS, para de esta forma ejercer su derecho de libre elección informados. Para ello ordenó al Ministerio adoptar acciones para garantizar que, previo al proceso de afiliación, a los usuarios les fueran entregadas las cartas de derechos y deberes, y de desempeño de las EPS.

Adicionalmente, la Sentencia T-760 de 2008 señaló que la cobertura en salud debía ser universal, en atención a lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución y ratificado en las leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007, por medio de las cuales se establecieron plazos para alcanzar la universalización, sin que ello se lograra, razón por la cual ordenó al rector de la política pública en salud implementar las acciones tendientes a asegurar la cobertura universal y sostenible del sistema de seguridad social en salud antes de enero de 2010 (orden 29).

Asimismo, con el propósito de conocer el número de tutelas que resuelven asuntos relacionados con los problemas identificados en la sentencia, la corporación dispuso que el Ministerio de Salud debía presentar

anualmente un informe de medición de estas que permitiera evidenciar si las acciones disminuían.

Finalmente, dispuso que el Consejo Superior de la Judicatura debía difundir entre los jueces de la república la sentencia.

Control de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria y consagración legal del derecho fundamental a la salud

Como antecedente directo, se tiene que con ocasión de la declaratoria de emergencia social en salud en el año 2009, la Corte, en Sentencia C-252 de 2010, llamó la atención al Gobierno y al Congreso para que expidieran regulaciones estatutarias, orgánicas, ordinarias y reglamentarias, dado que el sector salud experimentaba dificultades estructurales y recurrentes que concernían al diseño, organización y sostenibilidad del sistema.

Cuatro años después, en Sentencia C-313 de 2014, se consolidó la línea jurisprudencial de fundamentalidad del derecho a la salud al analizar el proyecto de Ley Estatutaria 209 de 2013 (Senado) y 267 de 2013 (Cámara) en sede de control abstracto de constitucionalidad que le confirió tal categoría.

La Corte recordó que

> desde sus inicios […], ha propugnado por la caracterización del derecho a la salud, como un derecho fundamental. Para ello, ha superado una interpretación literal del Texto Superior que hubiese permitido estimar como fundamental al derecho a la salud solo en el caso de los niños. También, ha desestimado en esa tarea interpretativa el criterio sede a rúbrica, con el cual, el derecho a la salud no hubiese tenido ocasión de entenderse como fundamental, pues no hace parte del listado de derechos incluidos en el capítulo 1.º, del título II de la Constitución Política, el cual tiene por título "De los derechos fundamentales". El Tribunal Constitucional ha apelado a otros criterios hermenéuticos que le han permitido calificar como fundamentales, derechos que no tienen asignada expresamente dicha condición, pero que, por razones de orden constitucional, deben ser entendidos como tales, lo que claramente autoriza su protección por el mecanismo de la tutela.[13]

En esa providencia, también destacó que está suficientemente decantado el carácter autónomo del derecho y la procedibilidad de la tutela encaminada a lograr su protección, garantía y respeto efectivo. Determinó que el derecho a la salud es irrenunciable, según lo dispuesto en la legislación

---

[13] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-313/14 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

estatutaria, que además está conforme a la Constitución y a la finalidad del sistema fijada en la Ley 100 de 1993.

El proyecto de ley estatutaria en salud bajo revisión abordó el objeto, elementos esenciales, principios, derechos y deberes; la garantía y mecanismos de protección del derecho, y el ámbito de los profesionales y trabajadores de la salud, entre otros aspectos. La sentencia condicionó cuatro artículos en el sentido de que: i) no se podrá menoscabar la acción de tutela, ii) la sostenibilidad fiscal no puede implicar la negación a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios y iii) el mecanismo de control de precios comprende todas las fases de producción y comercialización de los medicamentos hasta el consumo final.

Igualmente, se declararon inexequibles expresiones de seis artículos en orden a: i) garantizar la continuidad del servicio sin sujeción al carácter intempestivo y arbitrario; ii) la oportunidad en la prestación de los servicios y tecnologías, aunque no se requieran con necesidad; iii) prescindir de las limitaciones e indefiniciones de lo que debe entenderse por tecnología o servicio de salud; iv) agotar todas las posibilidades de tratamiento para la superación de la enfermedad; v) no exigir ninguna autorización administrativa cuando se trate de la atención de urgencia, con lo cual se replica el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, pretendiendo superar así el denominado "paseo de la muerte", y vi) impedir restricciones indeterminadas para el acceso a servicios y tecnologías que no correspondan a las limitaciones taxativas del legislador.

En cuanto a la expresión "inclusiones" en materia de servicios y tecnologías, prevista en el artículo 12, se precisó que refiere a los criterios de "exclusión", por cuanto lo que debe discutirse es lo que no hace parte del acceso al derecho. En esa medida, la "zona gris" tiende a diluirse, dado que el sistema avanza hacia un POS de exclusiones. Por último, se aclaró que el listado de obligaciones del Estado, y de los derechos y deberes de los pacientes, tienen carácter enunciativo.

Así, la aprobación de la ley estatutaria 1751 de 2015 constituye un gran logro de la jurisprudencia constitucional, comoquiera que el legislador materializó la línea consolidada desde 2003, reconociendo además los elementos del derecho a la luz de los requerimientos propios del ámbito internacional. Es innegable que tanto el exhorto atendido en la Sentencia C-252 de 2010 como la expedición de la Sentencia T-760 de 2008 y sus autos de seguimiento fueron un impulso importante para poner en la agenda pública la discusión sobre la fundamentalidad del derecho y las necesidades del sector, la cual finalmente propició la creación de la Ley 1751 de 2015.

Estado del arte y avances en el cumplimiento de la Sentencia T-760 de 2008

Con el propósito de verificar el cumplimiento de esta providencia, por decisión de la Sala Plena del 1.° de abril de 2009 se integró una Sala Especial de Seguimiento que desarrolla esta función sin desconocer que el diseño e implementación de políticas públicas es una competencia del Gobierno y del Congreso; razón por la cual la intervención excepcional del juez constitucional solo encuentra justificación ante los complejos de bloqueos institucionales o prácticas inconstitucionales y ante la falta de medidas adoptadas por parte de los responsables que permitan superar las problemáticas identificadas.

Para contar con parámetros claros de calificación, mediante Auto 411 de 2015, se crearon cinco niveles de acatamiento, con base en los cuales se realiza la valoración de cumplimiento en atención a la existencia de medidas, su conducencia, los resultados obtenidos y la perspectiva de avance.

Durante el seguimiento a la sentencia se han proferido 24 autos de valoración, que permiten identificar el estado de cumplimiento de las órdenes y los avances alcanzados en la superación de los obstáculos evidenciados, como se presenta a continuación:

- Órdenes 17 y 18: la verificación se realiza en forma conjunta, a partir del Auto 410 de 2016, mediante el cual se declaró un nivel de cumplimiento medio. En esa oportunidad se evidenció que en el proceso de actualización no se contó con una participación activa de la comunidad médica, ni se realizó en los tiempos señalados.

  Desde la expedición de la sentencia se han expedido seis actualizaciones del plan de beneficios, de las cuales la última fue efectuada al finalizar el año anterior, con las resoluciones 5267 y 5269, ambas del 27 de diciembre, que contienen, la primera, el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos asignados a la salud, y, la segunda, que actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

- Orden 19: valorada con cumplimiento bajo en el Auto 411 de 2015, tras considerar que la regulación expedida por el Ministerio no era suficiente, que la información reportada no era precisa ni confiable, ni existía claridad respecto de los servicios que comúnmente se niegan, las razones de la negación, cuáles de ellos se encontraban incluidos en el POS, así como tampoco las EPS que más servicios negaban.

  Con posterioridad a la valoración se han expedido varias reglamentaciones sobre el registro encontrándose vigente la Resolución 2064

de 2017, modificada por la Resolución 1486 de 2018 para el régimen subsidiado.

- Orden 20: mediante Auto 591 de 2016 fue valorada con cumplimiento medio respecto del componente del *ranking* de las EPS, luego de no evidenciar avances significativos, pues no era posible establecer cuáles eran la EPS que negaban servicios con mayor frecuencia. El componente de IPS fue calificado con cumplimiento bajo, toda vez que se determinó que no existía un verdadero *ranking*, ya que la herramienta solo permitía hacer un ejercicio de comparación, que adicionalmente no era fácil de utilizar.

  Como avance en el cumplimiento se resalta que anualmente es publicado el *ranking* de EPS.

- Órdenes 21 y 22: a partir del Auto 411 de 2016 la verificación de cumplimiento se realiza en forma conjunta. Se encuentran calificadas con cumplimiento medio, toda vez que, pese a que ya fueron unificados los planes de beneficios, la corporación consideró necesaria la creación de una metodología apropiada para establecer la suficiencia de la UPC de los dos regímenes.

  Sobre el cumplimiento de esta orden es preciso señalar que a partir de la expedición del Auto 342 de 2009 existe un solo plan de beneficios para los menores de edad, y con ocasión del Acuerdo 032 de 2012 el POS de los demás grupos etarios también fue unificado. Adicionalmente, se reconoce que a partir del año 2013, el valor de la UPC del régimen contributivo ha aumentado significativamente, existiendo en la actualidad una diferencia de $84 772 entre el contributivo y el subsidiado.

- Orden 23: mediante Auto 001 de 2017 fue declarado el nivel de cumplimiento bajo, toda vez que no se acreditaron resultados ni avances en la implementación del mecanismo de autorización directa. En esa oportunidad se señaló que en el régimen subsidiado no había sido incluido en el mecanismo creado por la Resolución 1328 de 2016, razón por la cual continuaban vigentes los CTC.

  El Ministerio de Salud presentó el sistema para que los profesionales de la salud prescriban de forma directa los servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el plan de beneficios con cargo a la UPC (Mipres), que inició operación en forma gradual el 1 de diciembre de 2017 y total desde el 1 de marzo de 2017, el cual es obligatorio en el régimen contributivo y voluntario en el subsidiado.

- Orden 24: fue valorada con incumplimiento parcial mediante Auto 263 de 2012, toda vez que se evidenció que en el interior del sistema existían prácticas defraudatorias que afectaban la financiación y el flujo de recursos, puntualmente la destinación indebida y malversación de los dineros de la salud. Señaló que el sobrecosto de los medicamentos también impactaba la sostenibilidad financiera.

  En relación con esta orden se deben reconocer avances en referencia al control de precios de medicamentos.

- Orden 25: frente a esta directriz en proceso de valoración, se reconoce que en la actualidad en el procedimiento de recobros no se utilizan las glosas denominadas fallo de tutela y principio activo en POS, que impedían el recobro de dineros por parte de las EPS.

- Orden 26: mediante Auto 112 de 2016 fue declarado el cumplimiento alto y se suspendió el seguimiento, toda vez que se logró evidenciar que el 70% de los recobros represados a 30 de septiembre de 2008 fueron tramitados de forma satisfactoria.

- Orden 27: fue calificada con cumplimiento bajo en el Auto 071 de 2016, toda vez que se determinó que solo 8 de los 31 parámetros establecidos en el Auto 263 de 2012 habían sido acatados.

  Con posterioridad a la valoración fueron expedidas las resoluciones 5395 de 2013 y 1328 de 2016, relacionadas con el procedimiento de recobros.

- Orden 28: el acatamiento de esta orden fue evaluado como cumplimiento parcial en el Auto 264 de 2012, en esa oportunidad se indicó que las cartas entregadas a los usuarios no cumplían con los requisitos exigidos, que la información contenida en ellas no era uniforme, el lenguaje utilizado no era sencillo, adicionalmente, no existían constancias de la entrega.

  En la actualidad el Ministerio realiza un proceso de verificación de la entrega, cuyo mecanismo será objeto de valoración por parte de la Sala Especial de Seguimiento.

- Orden 30: el cumplimiento de esta orden fue valorado como bajo en el Auto 590 de 2016, lo anterior toda vez que la Corte determinó que no existía una política de gestión en el Ministerio que permitiera crear una base de datos para la elaboración de los informes de medición, persistía la problemática que le dio origen, no se redujo el número de tutelas, ni se logró determinar el comportamiento en relación con los problemas jurídicos identificados en la sentencia y, finalmente,

no se habían creado los indicadores de goce efectivo del derecho para evaluar la gestión de los actores.

- Orden 32: en Auto 144 de 2011 fue valorada con cumplimiento bajo. En esa oportunidad se determinó que la sentencia no había sido difundida en forma eficiente y que no se habían planteado fórmulas efectivas para extender la divulgación a un grupo amplio de la población.

Así las cosas, transcurridos casi diez años desde que fue proferida la Sentencia T-760 de 2008, si bien no se han alcanzado la totalidad de las metas propuestas, se han evidenciado avances, que han permitido que a la población colombiana se le presten servicios de salud en mejores condiciones.

Ahora bien, esto no desconoce que aún persisten algunas de las fallas que le dieron origen y que los responsables de la política pública en salud, las entidades de control y vigilancia y la sociedad civil deben continuar trabajando para superarlas y poder garantizar en forma real el derecho fundamental a la salud.

El impacto en el sistema de salud de las decisiones de la Corte Constitucional sobre el suministro de prestaciones por fuera del Plan de Beneficios de Salud

JAIME EDUARDO CARDONA RIVADENEIRA*

Teniendo en cuenta que el objetivo de este encuentro académico es evaluar las decisiones de la Corte Constitucional a la luz de sus impactos en la realidad, quisiera concentrarme en un aspecto muy puntual de los fallos de este tribunal en materia de salud: los efectos que ha tenido el reconocimiento de las prestaciones no POS, por vía judicial, en el sistema público de salud. Este análisis, sin embargo, no pretende desconocer las ganancias muy sustantivas que han generado los fallos de este tribunal en materias como la unificación entre los planes de beneficios del régimen subsidiado y el régimen contributivo, y los lineamientos fijados en la Sentencia T-760 de 2008, que impactaron muy positivamente la Ley Estatutaria de Salud.

Sin embargo, las decisiones de la Corte Constitucional y, en particular, aquellas que han reconocido en términos muy generosos el acceso a las prestaciones no POS han contribuido decisivamente a la crisis financiera del sistema de salud.

* Ingeniero industrial con especialización en Negocios y Relaciones Internacionales de la Universidad de los Andes y magíster en Administración Pública de The Maxwell School de la Universidad de Siracusa. Se ha desempeñado, entre otros cargos, como asesor y consultor del Ministerio de Salud y Protección Social, director académico de la Escuela de Gobierno en la Universidad de los Andes y director del Programa de Universalización de la Educación en el Ministerio de Educación del Ecuador.

Para identificar los efectos de las decisiones de este tribunal, es preciso conocer el funcionamiento del sistema público de salud. La financiación del Plan de Beneficios de Salud se establece a partir del cálculo de una prima denominada *unidad de pago per cápita (UPC)*, la cual se constituye, fundamentalmente, con las contribuciones de las personas afiliadas al régimen contributivo, y corresponde a un cálculo actuarial que tiene como base la lista de prestaciones realizadas en años anteriores que se encuentran dentro del Plan de Beneficios en Salud o Plan Obligatorio de Salud (POS). De esta suerte, la UPC no contempla el pago de prestaciones por fuera del Plan de Beneficios de Salud. Este elemento constituye una premisa básica del sistema, y debe ser tenido en cuenta para determinar el impacto de las decisiones de la Corte Constitucional en este frente.

En el escenario anterior, la financiación de las prestaciones no POS, es decir, no comprendidas en el Plan de Beneficios en Salud, se realiza con cargo a los excedentes que resultan de las contribuciones que se hacen al sistema de salud, es decir, con el excedente de las UPC que se traslada a las EPS. Estos recursos anteriormente eran manejados por el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), y ahora lo son por la entidad que lo remplazó, esto es, por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). Sin embargo, estos pagos no son administrados directamente ni por el antiguo Fosyga y ni por la ADRES, sino que el manejo corresponde, en últimas, a las mismas EPS. En sus inicios, la Corte Constitucional determinó que las prestaciones no POS debían financiarse con cargo a estos recursos o excedentes, de suerte que la EPS debería garantizar la prestación del servicio y luego efectuar un procedimiento de cobro ante el Fosyga. Bajo esta lógica, aunque existen dos fuentes de recursos, las EPS deben, con los recursos obtenidos de las UPC, financiar las prestaciones POS, e inicialmente también las no POS, sin perjuicio del recobro posterior ante el Fosyga.

Sin embargo, esta lógica con la cual la Corte concibió la prestación de los servicios no POS produjo una serie de efectos que no fueron previstos originalmente, ya que en muchas ocasiones, cuando las EPS pretenden efectuar el recobro por el suministro de servicios no POS, el Fosyga debe contar con unas auditorías para garantizar la transparencia en el esquema de pagos, y efectúa entonces una confrontación entre los pagos solicitados y el cumplimiento de los requisitos para ello, que incluye, por ejemplo, la verificación de los conceptos de los comités técnicos científicos, que hoy en día se han transformado, pero que subsistieron durante varios años. El resultado de estos procesos de verificación y validación es que usualmente el Fosyga genera unas glosas, que en promedio superan el 30% de los recobros a dicha instancia.

De este modo, si tenemos en cuenta que los recobros ascienden anualmente a $3,5 billones, las glosas representan un promedio de un billón de pesos anuales. Este billón de pesos anuales, que no son reconocidos a las EPS, en general corresponde a recursos que dichas entidades giraron a la red de prestadores de servicios, en servicios no POS, con recursos del POS y desplazando los mismos servicios POS. Las EPS no recuperan nunca estos recursos, porque estos fueron glosados. Para las EPS es una cuenta por cobrar al Fosyga, mientras que para el Fosyga se trata de una glosa y, por tanto, la EPS no puede reconocer este porcentaje en una cuenta por cobrar, porque para el Fosyga esta no es una cuenta por pagar.

En un escenario como este, el "hueco" de un billón de pesos anuales se traslada a los recursos destinados a financiar el Plan Obligatorio de Salud, pero para cubrir prestaciones que no tienen este carácter. Esto implica, en la práctica, que las EPS no cuentan con los recursos para financiar las prestaciones básicas de salud, representadas en el POS. Y así, anualmente este rubro deja una cartera y una deuda muy grande a los prestadores del servicio. Un cotejo minucioso entre las glosas no POS y la cartera de los hospitales permite advertir que en el agregado son montos muy similares, porque el origen del problema reside justamente en el esquema acogido por la jurisprudencia de la Corte.

En este orden de ideas, retomando el propósito original de evaluar los fallos de la Corte Constitucional a la luz de su impacto en el sistema de salud, encontramos que existe la buena intención de proteger los derechos individuales, intención originada en buena medida por la falta de actualización oportuna de los planes de beneficios. Pero el acumulado de estas decisiones y el modelo acogido para financiar las prestaciones han generado un problema financiero que hoy en día tiene un carácter estructural.

El corolario de todo ello es que las instancias jurisdiccionales deberían pasar del análisis individual de los casos, pretendidamente garantista, al análisis del sistema en su conjunto. Muchas veces, esta perspectiva segmentada ha generado afectaciones en los derechos de las personas, así como problemas graves en la prestación de los servicios de salud, ya que los hospitales tienen cuentas por cobrar muy altas y las EPS, que también tienen cuentas por cobrar muy altas, como mecanismo de respuesta se ven forzadas a contener la prestación de los servicios en salud. También se generan rupturas entre los actores del sistema, especialmente entre prestadores del servicio y las EPS. Se trata de un problema aún no resuelto en el sistema, pero que debe ser enfrentado. La Ley Estatutaria de Salud buscó remediarlo y corregirlo, creando un Plan de Beneficios de Salud sujeto a una lógica y a unas dinámicas financieras distintas a las del POS: no fue concebido como una lista de prestaciones, sino como una lista de exclusiones, en el entendido de que las tecnologías en salud no excluidas

debían operar bajo una lógica de racionalización de los servicios. En la práctica, sin embargo, este nuevo esquema tampoco ha operado según las previsiones iniciales, ya que, en últimas, el Ministerio de Salud ha mantenido el esquema de la división entre las prestaciones POS y no POS bajo una nueva denominación y ha sustituido a los comités técnicos científicos por un sistema de prescripción en línea. La raíz del problema, que es el sistema de recobro y sus glosas, se ha mantenido intacta; y hasta que este no sea resuelto, permanecerán las dificultades estructurales en el sistema público de salud. Todos, incluida la Corte Constitucional, debemos enfrentar este problema y coadyuvar en su solución, máxime cuando de ello depende, en una buena medida, el goce efectivo del derecho a la salud por parte de los colombianos.

Quisiera concentrarme en un aspecto muy puntual de los temas de los que conozco más, referirme a un punto muy particular, y es la relación que tiene el esquema de pagos del no POS —que es esa protección individual a la que nos hemos referido tanto en este panel, prestaciones que no están incluidas en el Plan de Beneficios de salud— y la crisis financiera del sistema; no sin antes reconocer enfáticamente las ganancias que ha tenido el sistema de salud a causa de la presencia muy oportuna de la Corte Constitucional en muchos temas que realmente han cambiado la forma del sistema de salud; particularmente, me refiero a la unificación de planes de beneficios, por ejemplo, entre el régimen contributivo y el régimen subsidiado. También quiero hacer referencia a la importancia de la Sentencia T-760 de 2008, como precursora de la Ley Estatutaria de Salud. Pero también, estas mismas sentencias y la carrera jurisprudencial han generado unos derechos en materia de prestaciones que no están incluidas en los planes de beneficios, lo que también ha sido génesis de esta problemática financiera en la cual se encuentra el sistema.

Para poder explicar clara y muy concretamente esto, tengo que hacer referencia a cómo funciona el financiamiento del sistema. Resulta que para poder financiar el Plan de Beneficios de Salud, se hace el cálculo de la prima UPC, la cual es financiada a través de las contribuciones que fundamentalmente hacemos las personas en el régimen contributivo. Aquí, quiero hacer énfasis en este régimen. Esa UPC es un cálculo actuarial que tiene como base la lista de prestaciones realizadas en años anteriores, circunscrita al Plan de Beneficios de Salud, es decir que la UPC no contempla el pago de prestaciones que están por fuera del Plan de Beneficios. Esa es una premisa fundamental que hay que entender para ver cómo es esta relación con la crisis financiera.

¿Cómo se financia entonces el no POS (las prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios de Salud)? Se financian con los excedentes que resultan de las contribuciones que hacemos al sistema de salud, y lo que

queda después del cálculo total de la UPC que se traslada a las EPS, lo que genera unos excedentes año tras año, que antes, como ya se mencionó, eran manejados por el Fosyga y ahora son manejados por la ADRES. Esos pagos y excedentes no son administrados directamente por el Fosyga o la ADRES, sino que son de alguna manera administrados y gestionados por las mismas EPS. Las sentencias de la Corte, en sus inicios, empezaron a establecer que, dada la existencia de esos excedentes, los recursos que se pagaran en el no POS se hicieran a través del Fosyga, pero se gestionaran y garantizaran desde la EPS. Así, la EPS primero debería pagarlos y gestionarlos a los prestadores y luego hacer el procedimiento de cobro ante el Fosyga. Como existían dos bolsas, entonces hasta ahora todo debería estar bien. La EPS tendría unos recursos para pagar el POS, pero mientras tanto pagaría con esos recursos las prestaciones no POS, y luego recobraría y recuperaría los recursos, de modo que tendría los recursos suficientes para financiar el POS.

Resulta que esa cadena, ese proceso no es así como lo pinto; no es completo, hay un hueco en la mitad. Y ese hueco consiste en que cuando va la EPS a hacer el recobro de los recursos no POS, el Fosyga debe tener unas auditorias para garantizar la transparencia, y empieza a hacer una relación de pagos contra el sistema de información, contra bases de datos, facturas, firmas de los comités técnico científicos (CTC) —que actualmente ya no existen—, etc. La conclusión es que hay una serie de revisiones administrativas que generan unas glosas, y ahí es donde se complica esta historia. Anualmente el promedio de glosas supera el 30% de los recobros que se hacen al Fosyga. Entonces si calculamos en promedio que son alrededor de $3,5 billones en recobros, la glosa representa un promedio de un billón de pesos anuales. Ese billón en su gran mayoría son recursos que la EPS ya pagó a la red de prestadores de servicios en servicios no POS, desplazando así servicios POS. Sin embargo la EPS no recupera ese 30% porque fue glosado. Para la EPS se trata de una cuenta por cobrar al Fosyga, mientras que para este es una glosa, por lo que la contabilidad deja de coincidir y la EPS no puede reconocer ese porcentaje en una cuenta por cobrar porque en el otro lado esta no se reconoce como una cuenta por pagar. Ese hueco de un billón de pesos anuales, ¿a dónde se traslada? Se traslada al hecho de que al final o durante el año no se alcanzan a pagar todos los servicios POS con los recursos que tiene la UPC, lo que cada año le deja una deuda muy grande a los prestadores de servicios, la famosa *cartera*. Si uno mira y compara esa glosa no POS con la cartera de los hospitales en el agregado se trata de montos muy similares, porque el origen del problema radica ahí.

Entonces, volviendo a los temas de la jurisprudencia y de las sentencias, tenemos un caso en donde hay una protección de derechos individuales, originada al no actualizar los planes de beneficios con la suficiente

celeridad, y casos en los que necesariamente se requerían algunos beneficios que no estaban en el Plan de Beneficios de Salud, pero el acumulado de esos agregados y la forma que se estableció para pagar esos recursos del no POS ha generado un problema estructural financiero en el sistema.

Así, la pregunta es cómo hacemos para pasar de un análisis individual en la jurisprudencia, que es garantista, a mirar el sistema como un todo y ver cómo ese sistema garantista ha generado un problema estructural, que a su vez ha entorpecido la prestación del servicio, porque los hospitales y las EPS que tienen esas cuentas por cobrar tan altas empiezan a contener los servicios y la prestación y a romper contratos entre unos y otros, de modo que se generan problemas en la prestación del servicio. Ese es un problema fundamental que no se ha resuelto en el sistema. La Ley Estatutaria de Salud buscó, en parte, corregir ese problema estableciendo un Plan de Beneficios de Salud que fuera de otra naturaleza; no era una lista de prestaciones en el POS sino una lista de exclusiones, de lo que no podía estar, mientras que todo lo demás debía incluirse de una manera integral bajo una serie de reglas de racionalización de los servicios. Sin embargo, en la práctica tampoco se dio así. La administración y la implementación de la Ley Estatutaria, para el Ministerio de Salud consiste en mantener el esquema de POS/no POS, pero con un nombre distinto: ahora se llama Plan de Beneficios de Salud; tampoco hay ya un sistema de comités técnicos científicos, pues este fue sustituido por un sistema de prescripción en línea. Pero la raíz del problema, que es el sistema de recobros y sus glosas, sigue intacta, y hasta que no resolvamos eso, vamos a tener un problema estructural en el sistema, al que, como ciudadanos, como Corte Constitucional, le tenemos que poner un foco, para poder coadyuvar en la solución de esta problemática del sistema.

Estudios de eficacia e impacto de las decisiones judiciales sobre la seguridad social y el sistema de salud

JUAN CARLOS GIRALDO VALENCIA*

Hoy vengo a presentar un conjunto de seis ideas que quiero compartir con ustedes. En primer lugar, debo agradecer a ustedes, como Corte Constitucional, por todo el trabajo que han realizado a lo largo de estas más de dos décadas. No hay que olvidar que ese trabajo de ustedes, para decirlo de manera exacta, ha salvado millones y millones de vidas en este país. ¡La acción de tutela y la Corte Constitucional lo han hecho posible! Y para demostrarlo, a continuación, voy a leer números de sentencias que consideramos que son paradigmáticas del trabajo de la Corte. Una primera es la Sentencia SU480 de 1997, que por primera vez se refirió a los pacientes enfermos de VIH. En esa providencia, se amplió el plan de beneficios y se dieron órdenes expresas al sistema para que —manteniendo la confidencialidad— esas personas pudieran tener un mejor plan de beneficios: eso salvó y salva vidas. En esa misma providencia, se le dijo al Gobierno que debía cumplir con sus compromisos de financiación del sistema, ya que, de lo contrario, el problema se convertiría en una situación insostenible.

* Médico de la Universidad de Caldas, con especialización en Alta Dirección del Estado de la Escuela Superior de Administración Pública; magíster en Administración de Salud de la Pontificia Universidad Javeriana y en Gestión de Centros y Servicios de Salud de la Universidad de Barcelona. Se ha desempeñado, entre otros cargos, como asesor de la División de Salud de la Unidad de Desarrollo Social del Departamento Nacional de Planeación, viceministro de Salud y defensor delegado para la salud en la Defensoría del Pueblo. Actualmente es el presidente de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas (ACHC).

En ese momento fue cuando se ordenó honrar el concepto del *pari passu*, haciendo un plan efectivo de *desatraso* por parte del Ministerio de Hacienda para que se pagaran todas las deudas de financiación del régimen subsidiado. En la Sentencia T-536 de 2009, se avaló la existencia del control a la integración vertical. La Sentencia T-852 de 2012 —que considero muy importante, pues introdujo la discusión sobre la integralidad— estableció el principio de que todo aquello que se necesite para hacer efectivo el servicio y que pueda ser eficaz deberá entenderse como contemplado e incluido dentro del servicio. Y por supuesto, para completar este listado de sentencias destacadas, no puedo dejar de referirme a la Sentencia T-760 de 2008, que hoy tiene plena vigencia, a pesar de que ya han transcurrido diez años desde su expedición. De ella es importante todo; sin embargo, no se hace mucha referencia a los antecedentes, y es importante tener en cuenta por qué se llegó a ese fallo. En ese momento se estaba empezando a hacer evidente el crónico incumplimiento de los fallos de tutela. Eso hizo que la Corte tomara la decisión de hacer una compilación de casos emblemáticos y reiterativos, hecho que permitió argumentar las decisiones de fuerza que han llevado a todo el esquema de órdenes, autos y su seguimiento posterior. Por último, debo recordar en esta enumeración la sentencia modulativa de la Ley Estatutaria de Salud, ya que el texto expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social no fue el mismo texto que expidió el Congreso, como tampoco fue el mismo que expidió y moduló la Corte Constitucional después de haber hecho su respectivo control. Sobre esto, considero que la corporación hizo un trabajo de orfebrería o, diciéndolo bajo términos más duros, de "desactivación de minas", ajustando una serie de verbos que pretendían cambiar poderosamente la concepción del derecho a la salud en este país. La Corte defendió el ejercicio de la acción de tutela y la progresividad del derecho. Sobre esta primera idea, agradezco las numerosas intervenciones que ha hecho esta corporación y lo significante que ha sido para salvar vidas humanas.

Bajo la segunda idea, quisiera expresar mi desacuerdo con una de las ideas expuestas en el panel de discusión, en concreto, con la siguiente frase: "Dé su opinión sobre el modelo de salud que se ha impuesto de la mano del litigio constitucional". En este punto se está partiendo de la aceptación de una visión, que yo personalmente considero que está al revés, ya que, en mi opinión, lo que se debería decir es "Dé su opinión sobre el litigio constitucional que se ha desarrollado como consecuencia del modelo de salud". Creo que esta es la visión al derecho de las cosas. También se ha dicho que la Corte, al concentrarse en ciertos asuntos se ha marginado de los grandes debates de salud en el mundo, sobre esto tampoco estoy de acuerdo. Por el contrario, el gran debate público en el mundo de los sistemas de salud es la cobertura universal de salud, el derecho a la salud

y la sostenibilidad sanitaria. Considero que el gran trabajo de la Corte Constitucional ha sido durante todo este tiempo —en cuanto a salud— concentrarse en el concepto de la cobertura, porque la cobertura sanitaria tiene tres atributos sin los cuales es imposible que funcione: el acceso, la continuidad y la coordinación. Así, es evidente que en los distintos fallos de tutela ha sido común garantizar el acceso, así como hacer efectiva la coordinación y la promoción de la continuidad en la prestación de los servicios de salud de la población. De esta manera, la Corte Constitucional se ha concentrado en el tema que *es*, porque, en el país, esos tres componentes son los que están fallando, como consecuencia de los problemas de fragmentación, de segmentación de la población y de las diferentes interpretaciones de los agentes, que se han convertido en zonas grises y que al final terminan en lo que hemos denominado *cobertura pixelada*.

La tercera idea va enfocada precisamente a ese concepto de la cobertura pixelada. Cuando se leen los textos de administración de los temas de salud, es usual que la cobertura se presente gráficamente como un cubo que está compuesto por el número de personas que están cubiertas, el número de intervenciones que tienen esas personas y los recursos financieros para sostener la cobertura. Nosotros, desde el gremio hospitalario, evolucionamos sobre ese concepto y decimos que la cobertura es *pixelada* porque en nuestro sistema de salud, teniendo en cuenta la segmentación y fragmentación, la gente no tiene el mismo acceso ni el mismo derecho a la salud. Es fácil explicar el concepto si se comparan las personas de acuerdo con su afiliación. Es evidente que un paciente afiliado a la anterior Cafesalud y un paciente afiliado a la mejor EPS calificada por el país, a pesar de estar los dos bajo el mismo régimen, bajo la misma contribución y el mismo porcentaje, tienen una red diferente, unos accesos diferentes, una oportunidad diferente y una resolución diferente; de manera que, cada ciudadano tiene una cobertura efectiva dependiendo de cada una de esas variables, haciendo que el cubo teórico en su interior tenga variaciones importantes que al final configuran la cobertura como algo granular o pixelado. Ahora bien, hablando sobre la acción de tutela y lo que se reclama en cuanto a la cobertura pixelada, considero que no es cierto eso de que una porción significativa de las tutelas presentadas sean sobre lo excluido en el plan de beneficios. Este es un punto central para los magistrados. Lo más grave es que la mayoría de las tutelas presentadas en el país en salud son por demandas de contenidos que sí están en el POS. Así lo señalan los estudios de la Defensoría del Pueblo, en los que se afirma que el 66% de las tutelas que se presentan son por contenidos POS, y el 34% por contenidos no POS. Entonces quiero llamar la atención sobre una trampa de la discusión pública que se está dando en el país sobre el sistema de salud. La discusión actual está casi que totalmente enfocada en lo excepcional,

lo marginal, en la exclusión y se está dejando de lado la discusión sobre el corazón de lo que es el contrato social o sobre lo que se debería garantizar. Con esto quiero decir que el tema de moda es el no POS y el Mipres (mi prescripción). Ahora pregunto: ¿han oído hablar del *sí POS*? Yo no, y creo que casi nadie lo ha escuchado mencionar. Hago esta observación para que no se olvide que hay un contrato social, un plan de beneficios, que es lo que se debería garantizar. En la realidad cotidiana de la gente, la situación difiere de lo que se ha querido mostrar por parte de las autoridades —y de algunos comentaristas de ocasión—, y se están dando más litigios por lo que está contemplado dentro del POS que por lo que está por fuera de él. Ahora bien, si se analiza la situación y se observa con más rigor, también se podría decir que hay un fraude monumental al sistema, sobre el cual las autoridades de vigilancia y control se deberían concentrar. Sobre esto, es importante resaltar que no es únicamente en cuanto a la acción de tutela, el sistema también está funcionando hacia lo excepcional. Un ejemplo de esto es el incremento de la entrada de los pacientes por la puerta de urgencias, que no debería ser así. La mayoría de las discusiones se concentran en lo no POS, en los recobros y en las zonas grises. Este es un punto de observación, que quiero dejar como tercera idea.

La cuarta idea que quiero exponer se refiere al volumen, la desigualdad y los ganadores o perdedores de las acciones de tutela. En cuanto al volumen, considero que es alarmante, debido a que los índices poblacionales de acceso a la acción de tutela han venido creciendo con el paso del tiempo. Sin embargo, creo que el panorama es más sombrío porque se necesita cierto grado de conocimiento sobre cómo funcionan los aparatos estatales para acceder a una acción de tutela. En medicina, tenemos cosas parecidas de algo que no alcanzamos a ver, y como consecuencia hacemos factores de expansión. El más conocido es el del VIH, en el cual, cuando se diagnostica a un paciente con esta patología, la fórmula de expansión que se aplica consiste en que por ese paciente que está siendo diagnosticado, hay diez personas más, que están afuera, que no saben que tienen esa enfermedad, porque no han sido diagnosticados. En cuanto a la acción de tutela, considero que se va a tener que construir ese factor de expansión. En efecto, se observa cierta desigualdad cuando hay unos beneficiados que cuentan con suficientes recursos económicos, que están afiliados al régimen contributivo y hacen un mayor uso de esta acción, y otros ciudadanos que no cuentan con los suficientes recursos económicos. Esto puede ser cierto, y es lo que muestran las cifras. Sin embargo, creo que es un factor etnográfico, es decir, es un factor cultural, donde hay una población que considera que ha adquirido el derecho mediante unas cotizaciones o unos aportes y que por lo tanto lo puede exigir, de manera que hay una cultura más avanzada sobre ese derecho y su exigibilidad, mientras que todavía

existe un grupo poblacional, que corresponde a la mitad de la población colombiana, que está en el régimen subsidiado, y que piensa que los servicios de salud corresponden a una concesión que le hace el Estado, y que por lo tanto es mejor no entrar en litigio porque se puede perder este derecho. Esta situación, con el funcionamiento actual del sistema de salud, infortunadamente, creo, se va a igualar en muy poco tiempo.

La quinta idea que planteo hace referencia a la intervención por parte de la Corte Constitucional al sistema de salud. Así como mediante la Sentencia T-760 de 2008 se hizo una intervención justificada a un estado de cosas de irrespeto a la jurisprudencia y a la ley, ahora es necesario que se observe una nueva situación que se está generando, y es que se está escalando el fenómeno del desacato de los fallos de tutela. Entonces, ahora no solamente es la acción de tutela, sino que se está presentando, aproximadamente un 20 % de desacato de los fallos de tutela; más allá del desacato, se observa que hay reincidencia en ese mismo desacato. Creo que este factor emergente ya genera efectos de acercamiento a tribunales internaciones, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Por último, considero que si las cosas en el sistema de salud siguen como se están manejando actualmente, la Corte Constitucional tendrá muchísimo trabajo, porque esta situación va a seguir creciendo. Hay una disociación entre el concepto del derecho a la salud y el funcionamiento del sistema de salud. El derecho a la salud es un derecho de segunda generación, un derecho positivo, que tiene componentes de derecho en plan de beneficios, de cobertura, de saneamiento y de educación e información, pero que también contiene unas libertades —como libertad a no ser discriminado, a no ser tratado como no se quiere y a otras cosas, como los planes de salud pública—. Ese es el derecho y está disociado con un sistema de pago anticipado a los aseguradores y de pago diferido a los hospitales, con una enorme discrecionalidad de los agentes, con interpretaciones basadas en el racionamiento, con impunidad, con un bajo nivel de rectoría, con un casi inexistente nivel de vigilancia y control, con muchos incentivos al recorte y con una creciente proclividad a la corrupción. Esa es la realidad del país: el derecho a la salud en lo teórico, frente a la disociación de un sistema de salud que no funciona bien en la realidad.

Para terminar, creo que esta situación no va a mejorar solo con la acertada intervención de la Corte Constitucional, sino que para resolverla, se requiere un cambio en la estructura del sistema de salud, creando los incentivos para que las cosas funcionen de otra manera. Así, los incentivos deben ser diferentes, el alcance de las EPS también tiene que ser diferente, las fuentes de financiación y los conceptos de gasto se tienen que reestructurar, la prevención tiene que pesar más que la asistencia, la

administración de los recursos tiene que ser limpia. Mi invitación final, entonces, es a que se haga una verdadera reforma a la estructura del sistema de salud que tenga el efecto de garantizar los contenidos del sistema de salud y que, por lo tanto, sea entendida como una forma de contención real en la fuente de la *litigiosidad* en salud.

Muchas gracias.

Las decisiones judiciales y el sistema de salud

ANA CECILIA SANTOS ACEVEDO*

El sistema de seguridad social en salud ha tenido una alta litigiosidad, y la tutela ha sido una de las principales herramientas utilizada para efectos de garantizar el acceso a los servicios o el suministro de algún bien, servicio, medicamento o insumo de salud.

De manera periódica se publican estadísticas que dan cuenta del número de tutelas presentadas y los amparos concedidos, se señalan las entidades que han sido tuteladas, las regiones del país en donde se presenta un mayor número de ellas y se clasifican los servicios solicitados.[1]

Sin duda esto es una demostración de la importancia que ha tenido la tutela para garantizar la cabal realización del derecho. Sin embargo, el sector requiere hacer un análisis más detenido sobre el carácter de las órdenes impartidas, la posibilidad que tiene el país para ejecutarlas en los plazos señalados y el impacto financiero que tienen estos amparos cuando involucran servicios que no se encuentran financiados en los planes de beneficios.

* Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, magíster en Criminología del Programa Especial de la Universidad Católica de Lovaina, La Nueva. Para la fecha se desempeñaba como vicepresidente jurídica de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (Acemi). Asimismo, ha sido miembro del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y asesora del Ministerio de Salud, del Banco Interamericano de Desarrollo para República Dominicana y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

1 Como consecuencia de la orden emitida por la Corte Constitucional mediante Sentencia T-760/08, la Defensoría del Pueblo realiza un informe anual sobre el fenómeno de acciones de tutela presentadas en Colombia, tanto en general como enfocadas en asuntos de salud. Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud 2016* (Bogotá: Autor, 2017), http://bit.ly/2XG4RbR

El reto para el sistema de salud en esta materia sería, primero, ver cómo estos amparos son efectivos y pertinentes desde lo individual, cómo se garantiza el derecho para que la utilización del amparo constitucional sea cada vez menor, cómo asegurar que estas responsabilidades sean efectivamente del sector salud y cómo lograr el equilibrio entre el goce del derecho desde lo individual sin afectar lo colectivo. No puede desconocerse que, sean muchos o pocos los recursos humanos, físicos y financieros del sector, estos tienen un límite, y su uso debe permitir y garantizar el mayor grado de bienestar posible de la población en general. Esto implica un diálogo necesario entre el regulador, el definidor de política, el juez constitucional y la sociedad, sin que ello sea entendido como una amenaza a la separación de poderes.

Para efectos de llamar la atención sobre algunos de los aspectos que consideramos merecen mayor análisis y cuantificación en relación con la efectividad de los fallos de tutela y su impacto en el derecho de la colectividad, es importante partir del cambio del concepto de derecho a la salud que trae la Ley Estatutaria,[2] en la medida en que fue reconocido como derecho fundamental en lo individual y en lo colectivo, entendiéndose esto último como aquellas acciones que se dirigen a la colectividad, tal como se señaló por la misma Corte Constitucional.[3] En este orden de ideas, cuando en este escrito hagamos referencia a lo colectivo nos referiremos a lo previsto en la ley, desarrollado por la Corte Constitucional en esta y otras sentencias, y no a la clasificación realizada por el Gobierno nacional. Estamos frente a un derecho que puede ser amparado en casos de acciones colectivas, entendiéndolas como aquellas acciones dirigidas a la comunidad que tienen altas externalidades, tales como campañas de información, control de vectores (fumigaciones para evitar dengue o chikunguña), controles de zoonosis, entre otras; aspecto este que constituye un avance importante en materia de derechos y que plantea grandes retos para el país, considerando que este tipo de acciones de salud están a cargo de las entidades territoriales.

Vista esta ampliación del derecho a lo colectivo, tendríamos que señalar, en primer lugar, que el desarrollo jurisprudencial a la fecha se ha centrado en las acciones individuales y que hasta ahora empiezan a

---

2 Ministerio de Salud y Protección Social, Ley Estatutaria 1751, de 16 de febrero de 2015.

3 La Corte Constitucional en su Sentencia C-313/14 se refirió igualmente a lo colectivo y señaló: "Ahora bien, cuando un colectivo es afectado en el derecho a la salud, cabe reconocer lo que Bazán ha denominado [...] derecho de incidencia colectiva, anudándose al concepto de salud pública […]. En el caso presente, entiende la Sala que la salud también es protegible por vía de la tutela cuando se transgrede es la salud del colectivo social, tal acontecería, cuando lo que se requiere son, por ejemplo, campañas de información en materia sanitaria encaminadas a prevenir la expansión de epidemias o la aplicación de vacunas de manera preventiva en aras de proteger la salud de sectores vulnerables de la población". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-313/14 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza).

encontrarse fallos en los cuales se señala el derecho de alguna colectividad.[4] De otra parte, se expidió una serie de órdenes para que el Gobierno nacional adoptara un conjunto de medidas y de correctivos en el sistema, con el ánimo de garantizar la adecuada información a los afiliados, de precisar el alcance y contenido del plan financiado con recursos de la UPC,[5] de igualar los planes de beneficios entre el régimen contributivo y subsidiado y de garantizar el flujo de recursos en el sistema.

En este orden de ideas, abordaremos lo individual, lo colectivo y la política de manera separada.

Lo individual

La judicialización constitucional en salud ha estado muy centrada hasta ahora en el individuo y ha sido vista como la respuesta, por un lado, a fallas en materia de regulación o por la ausencia de definición de políticas públicas y, por otro, a fallas de las entidades que participan en el sistema. Sin embargo, es necesario señalar que también ha sido utilizada para satisfacer necesidades que evidencian una ausencia en materia de políticas sociales; como herramienta para generar demanda de productos que no se encuentran incluidos en los planes de beneficios, obedeciendo a intereses económicos de la industria farmacéutica,[6] y, en otros casos, como herramienta para saltarse la fila,[7] lo que genera ineficiencias e inequidades en el sistema.

Si hacemos una caracterización de las controversias individuales en materia de salud, encontramos tres grandes grupos, a saber:

1. Servicios que son garantizados por el Plan de Beneficios de Salud.
2. Servicios de salud que no se encuentran garantizados por el Plan de Beneficios de Salud.
3. Servicios sociales que se requieren dentro de un concepto integral de bienestar.

---

4 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-357/17 (M. P. Gloria Stella Ortiz).

5 La UPC es la unidad de pago por capitación, que el sistema de salud paga a título de prima a las EPS para que estas realicen el aseguramiento.

6 Véase Everaldo Lamprea, *Derechos en la práctica: jueces, litigantes y operadores de políticas de salud en Colombia (1991-2014)* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2015).

7 En algunos casos se elaboran listas de espera que se definen considerando la condición de salud de la persona y los recursos disponibles, por ejemplo, en el caso de trasplantes de órganos. O simplemente se elaboran listas para el acceso a determinadas cirugías que no tienen el carácter de urgente como medida de racionalización y mayor eficiencia de los recursos disponibles.

Servicios garantizados en el Plan de Beneficios

En principio, podríamos señalar que no debe presentarse discusión alguna en relación con la eficacia de la tutela vista desde el punto de su cumplimiento, pues se trata de servicios de salud que se encuentran garantizados en el Plan de Beneficios de Salud y debidamente financiados. Lo único que cabría en este caso es obligar a la EPS o a la IPS a que cumpla con su obligación (a esta última en caso de que haya sido autorizado el servicio por parte de la EPS, y a aquella en caso de que haya retrasado su cumplimiento).

Sin embargo, encontramos situaciones que nos obligan a diferenciar, por lo menos, cuatro grupos:

1. Hay un desconocimiento del derecho por causas atribuibles a las entidades a cargo del aseguramiento o de la prestación. En este sentido, la tutela no solo es pertinente sino totalmente necesaria, y evidencia el desconocimiento de los mecanismos previstos en las normas para la reclamación y defensa de los derechos de los afiliados, o la debilidad de estos en materia de resolutividad, o la desconfianza de los usuarios sobre su buen funcionamiento. En este sentido, deberán revisarse los mecanismos de protección actuales para disminuir la carga para el juez constitucional.

   Dentro de las herramientas con las que cuenta el afiliado, están unas de orden administrativo, tales como las oficinas de atención al usuario en las EPS, el mecanismo de peticiones, quejas y reclamos ante la Superintendencia Nacional de Salud y la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.[8] Esta última es importante porque surge como respuesta a la judicialización del sector, erigiéndose como una jurisdicción especializada con conocimientos científicos y técnicos para resolver aquellos temas relacionados con el cabal ejercicio del derecho de los ciudadanos, como las coberturas de servicios de salud, las afiliaciones, los reembolsos en casos de urgencia y la libre elección.
2. Se presentan restricciones de oferta de servicios (no existe infraestructura o recurso humano) que impiden cumplir con la oportunidad deseada. Hay una imposibilidad real de cumplir. A esta situación debemos agregar que el asegurador no puede hacer más de lo que hace, pues las normas le impiden hacer integración vertical para efectos de garantizar el acceso en términos de la oportunidad deseada.
3. En la tercera, si bien el afiliado percibe como urgente la respuesta del sistema a su condición de salud, existen unas reglas definidas a las cuales la persona no quiere sujetarse. Por ejemplo, en el caso de trasplantes

---

[8] Congreso de la República de Colombia, Ley 1122/07, de 9 de enero, artículo 41.

de órganos o tejidos, se elaboran listas nacionales con base en criterios técnico-científicos de asignación únicos, y con el amparo se pretende saltar la fila o acceder al sistema sin que así haya sido considerado en la legislación vigente.[9] Otro caso es cuando se requiere de atención especializada y existe lista de espera considerando la disponibilidad de recurso humano y la condición de salud de la persona. Estas listas, por demás, existen en todos los sistemas de salud en el mundo, en atención a la imposibilidad de cubrir la totalidad de las prestaciones de forma inmediata, tan pronto como el usuario accede al sistema.

4. En la cuarta se solicita al juez constitucional que ordene procedimientos que generan riesgo para la vida del afiliado y riesgo legal para todas las entidades que participan, como casos experimentales o tratamientos sobre los cuales no existe suficiente evidencia científica o cuando dadas las condiciones particulares de salud del paciente no se aconseja la realización del procedimiento. En estos casos el tema es más complejo, porque generalmente existe la recomendación del tratamiento por parte de un profesional de la salud.[10]

En síntesis, podríamos resumir este primer grupo como se ve en la tabla 1.

Tabla 1. Servicios garantizados por el Plan de Beneficios

TIPO DE SERVICIO AMPARADO	POSIBLES CAUSAS	EFECTOS DEL FALLO
Servicios garantizados por el Plan de Beneficios de Salud	• Problemas administrativos de EPS e IPS	• Realización efectiva del derecho
	Restricciones de oferta • Especialistas • Distribución de servicios a nivel nacional • Escasez de medicamentos	• De difícil cumplimiento. Es efectivo el derecho, pero en términos diferentes a los señalados por el juez constitucional
	• Racionalidad y eficiencia (listas de espera) que generan descontento y frustración • Propósito de "saltarse la fila"	• Inequidad • ¿Permite abuso de derecho?
	• No pertinencia del servicio • Servicios que generan riesgo	• Riesgo legal (responsabilidad civil médica) y/o financiero para las entidades que cumplen con el fallo

Fuente: elaboración propia.

[9] Entre otras providencias en las cuales se ordena el trasplante de extranjeros no residentes, véase Juzgado 7 Penal Municipal de Cali, T-269/08, Trasplante de hígado a extranjero no residente, y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Penal, Providencia del 14 de junio de 2017 y Providencia del 27 de enero de 2011.

[10] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-375/16 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

Servicios de salud que no se encuentran garantizados en el Plan

En este caso, debe precisarse que la responsabilidad en la garantía y financiación es exclusiva del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución política, cuando señala que "la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado", y garantiza a todas las personas "el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud". La Ley 100 de 1993 delegó en las EPS una competencia precisa para prestar dentro del concepto de beneficios individuales un conjunto de servicios de salud financiados con cargo a una prima (UPC).

Posteriormente, teniendo en cuenta la desactualización que sufrió el Plan de Beneficios de Salud, al priorizar el Estado la ampliación de la cobertura poblacional sobre la cobertura de los servicios y la presión de la industria farmacéutica, se empezaron a amparar servicios no contemplados en el Plan. El juez constitucional consideró que la EPS era quien estaba en condiciones de asumir la organización de dichos servicios y que el Estado debía reembolsarle los gastos incurridos. Si bien el esquema parecía adecuado desde el punto de vista del paciente, pues la EPS se convertía en el garante y organizador de los servicios de manera integral (POS y no POS), la reglamentación del tema generó graves problemas en relación con el flujo de caja y la viabilidad financiera de las entidades, a quienes solo se les reconoce un porcentaje de los servicios efectivamente pagados. Es urgente revisar este esquema, asignándole a la EPS la responsabilidad en la organización y garantía de acceso al servicio y al proveedor la facturación directa a la ADRES para su correspondiente pago, de tal suerte que se garantice el adecuado flujo de caja en el sector.

En relación con los servicios no incluidos, es necesario señalar que podemos encontrarnos con:

1. Aquellos que son pertinentes desde el punto de vista del sistema: efectivos, eficaces, seguros y autorizados por la entidad competente, pero que no han podido ser incluidos dentro de los planes pues su costo no permite la financiación con cargo a los recursos disponibles, o porque no existen profesionales suficientes entrenados o la infraestructura necesaria para garantizarlos a toda la población que pudiera requerirlo.

   La siguiente pregunta sería la de por qué en este caso se debe acudir a la tutela. La respuesta es simple: porque la EPS, a pesar de las advertencias del juez constitucional y de las solicitudes a la Superintendencia Nacional de Salud para que las investigue, no tiene legalmente competencia alguna para disponer de recursos públicos.[11] En este caso,

[11] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-160/14 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

el juez constitucional es el ordenador del gasto. Actualmente, con la implementación de Mipres, esta ordenación de gasto con cargo a los recursos públicos la está realizando directamente el médico tratante, en virtud de las normas expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social. Es posible que en relación con los contenidos autorizados a través de esta plataforma se presente una disminución de la judicialización por este concepto. Esta disminución de la judicialización, no obstante, implicará un aumento en los recursos destinados a cubrir prestaciones que no hacen parte del Plan de Beneficios de Salud.

2. Aquellos que podrían tener alternativas en el plan de beneficios, pero que por disposición del profesional tratante se deben suministrar. En este caso, debe precisarse que la EPS asume el costo del equivalente al tratamiento incluido en el Plan y el Estado el exceso, con los problemas anotados al inicio, pues implica la adopción de una medida que riñe contra el principio de eficiencia.
3. Aquellos que son experimentales o sobre los cuales no existe evidencia científica sobre su eficacia y/o efectividad. Este es quizás el tema más sensible, pues el país ha asumido el pago de tratamientos experimentales o de artículos tales como muñecas inflables.

En síntesis, podemos señalar que en este segundo grupo encontramos lo que se ve en la tabla 2.

Tabla 2. Servicios no incluidos en el Plan de Beneficios

TIPO DE SERVICIO AMPARADO	POSIBLES CAUSAS	EFECTOS DEL FALLO
Servicios de salud no incluidos en las coberturas • Servicios de salud que son pertinentes y no se han incluido en el Plan de Beneficios de Salud • Con alternativas en los beneficios garantizados • Sin discernimiento sobre la pertinencia	• Ausencia de procedimientos administrativos para ordenación del gasto con cargo a recursos públicos	• Efectivo • Genera inequidad • Ineficiencia y/o irracionalidad en el gasto

Fuente: elaboración propia.

Servicios sociales que se requieren dentro de un concepto integral de bienestar y no están incluidos en el Plan

Este es un tema importante para el país y no solo para el sistema de salud. Dentro de este concepto encontramos una serie de bienes y servicios necesarios para el acceso a los servicios sanitarios y otros mucho más

sociales, orientados a fortalecer la autonomía personal, que desbordan las responsabilidades del sector. En muchos casos la respuesta familiar es escasa o ausente, ya sea por falta de conocimiento o de capacidad de pago y la respuesta del Estado es parcial y desarticulada.

Nadie discute la necesidad de garantizar estos servicios en muchos casos en los cuales no hay capacidad de respuesta familiar, sin embargo, la pregunta es si deben ser financiados con cargo a los recursos de la salud o si debemos implementar un sistema de protección familiar que permita integrar todas las entidades y recursos existentes con estos propósitos para permitir el acceso a estos servicios a toda la población que así lo requiera.

Ante la ausencia de una política integral y una institucionalidad fuerte, el sector de la salud ha venido asumiendo, con los recursos que deben garantizar la financiación de servicios y tecnologías en salud, el reconocimiento y pago de algunos servicios sociales que deberían ser asumidos de manera independiente. De esta manera se pone en riesgo la posibilidad de ampliar de manera progresiva los beneficios en salud, dada la cada vez mayor exigencia de estos servicios que se están financiando con los recursos de la salud.

En este sentido es necesario integrar los servicios sociales dispersos y crear un sistema de protección social para efectos de garantizar los cuidados y servicios sociales de las personas con dependencia de terceros para realizar sus actividades básicas.

Podemos concluir entonces, en relación con el tercer grupo, lo expresado en la tabla 3.

Tabla 3. Servicios sociales y sociosanitarios

TIPO DE SERVICIO AMPARADO	POSIBLES CAUSAS	EFECTOS DEL FALLO
Otros servicios no incluidos en las coberturas • Servicios sociales	**Ausencia de políticas y programas de protección social** • Se requieren en muchos casos • Fallas en responsabilidad familiar	Disminuye recursos para servicios de salud y ampliación gradual

Fuente: elaboración propia.

Impacto de las decisiones del juez constitucional desde lo individual

Para garantizar la sostenibilidad desde el sector salud se han venido proponiendo un conjunto de medidas, tales como la definición de políticas de gradualidad, la definición de políticas en materia de infraestructura y recurso humano, mayores aportes presupuestales, la definición de impuestos de destinación especial para la salud, mayores eficiencias administrativas

y en la prestación de servicios de salud y, finalmente, la disminución del gasto vía priorización y racionamiento.

Estas discusiones son muy importantes, pues dependiendo de los resultados se podrá hablar de la efectividad de las decisiones judiciales y podremos acceder todos a un sistema de salud más robusto, que responda de la mejor manera posible a las necesidades en salud de los colombianos y que se proyecte aún más como punto de referencia a nivel mundial, manteniendo y mejorando los aspectos que han merecido el crédito de organizaciones como la OCDE, con ocasión de la revisión al sistema de salud dentro del proceso que adelantamos para ingresar a ella.

En este sentido es importante revisar el impacto financiero que han tenido las decisiones judiciales, cuando el otorgamiento de servicios no se encuentra incluido en los planes de beneficios. Si bien no podemos atribuirles a las decisiones judiciales todos los problemas financieros del sistema, sí es importante que dentro de las estrategias que deben ser implementadas para lograr cada vez mayores eficiencias en el sistema se considere el tema judicial.

Visto este panorama, vemos que no siempre podemos hablar de la efectividad de estos fallos evaluados, dada la imposibilidad de cumplir algunos de ellos. Incluso se presentan en algunos casos mencionados unos resultados no deseados, como inequidades, irracionalidad en el gasto y disminución de los recursos de la salud, que permitirán la ampliación progresiva de los beneficios para todos e incluso una especie de coadministración de las entidades que participan en el sistema, pues sus medidas pueden impactar el modelo de atención y las prioridades en salud, alterando su modelo de gestión de riesgo ante la posibilidad de un desacato.

En síntesis, podemos afirmar que la tutela ha sido eficaz desde el punto de vista del cumplimiento de los derechos del individuo y podría ser una herramienta importante a futuro en lo que se relaciona con la capacidad de actuar para lograr el cumplimiento del derecho en lo colectivo.

Sin embargo, se presentan, como se anotó anteriormente, problemas para el cumplimiento, que además de generar presión al sistema llevan en algunos casos a convertirse en coadministradores de las entidades, las cuales se ven abocadas a priorizar por encima de cualquier otra decisión o de cualquier otro afiliado a aquellos que están protegidos por un derecho de amparo. Imposibilidad de cumplir (presión y coadministración). Los problemas se presentan fundamentalmente en lo relacionado con la oportunidad cuando la oferta disponible en el país no permite garantizar lo ordenado con el concepto de atención integral, con el que las entidades tienen dificultad de cumplir en los términos del juez constitucional, pues existen diferencias de interpretación en relación con su alcance entre el Gobierno y el juez, con los beneficios no ordenados por el médico tratante

y con los efectos *inter pares* o *inter comunis* que en algunos casos se plantea por parte del juez constitucional, pero que no pueden ser ejecutados de esta manera por las EPS, considerando que se requiere de la ordenación del gasto con cargo a los recursos del sistema. Esta función no puede ser realizada por la EPS en aquellos casos en los que la reglamentación no permite el recobro al Estado (anteriormente al Fosyga y actualmente a la ADRES), por cuanto ello implicaría que las prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios con cargo a la UPC fueran financiadas con recursos propios o derivaran en una desviación de recursos, en cuanto se estaría utilizando la UPC para financiar de manera definitiva prestaciones no incluidas en el citado Plan de Beneficios de Salud.

De otra parte, el cumplimiento también trae en algunos casos efectos no deseados, como inequidades, pues se prioriza la atención inmediata, sin otro tipo de consideraciones individuales y sociales, y se afecta al colectivo en relación con la progresividad, pues las prestaciones individuales excepcionales se financian con los mismos recursos que podrían garantizar ampliación de coberturas para toda la población.

Impacto de las decisiones del juez constitucional desde la política

Desde el punto de vista de la definición de políticas públicas, el juez constitucional ha impactado de manera importante en la adopción de algunas de ellas en el sector especialmente relacionado con las ordenes contenidas en la Sentencia T-760 de 2008, pues el Gobierno hizo importantes gestiones relacionadas con la actualización del Plan de Beneficios de Salud, la igualación de coberturas de salud entre el régimen contributivo y el régimen subsidiado, la información de derechos y deberes a los afiliados y la información sobre el desempeño de las entidades que participan en el sistema y en un plan de contingencia para efectos de garantizar un adecuado flujo de recursos en lo relacionado con los reembolsos por servicios no incluidos en el Plan. Estos aspectos convierten al mencionado fallo en una de las sentencias estructurales de mayor relevancia en la historia de la Corte Constitucional.

Impacto de las decisiones del juez constitucional desde lo colectivo

Son pocos los pronunciamientos a la fecha relacionados con el derecho en su faceta colectiva. Como vimos al comienzo, la Corte cuando se pronunció sobre la Ley Estatutaria entendió que esta faceta aludía a acciones colectivas de salud, que tienen como característica que se encuentran a cargo del sector salud.

Sin embargo, en la Sentencia T-357 de 2017 se protegieron derechos colectivos cuando se vulneran derechos fundamentales individuales a varias personas. Si bien el fallo se refiere a una zona que tiene población con alta dispersión geográfica, pobreza, problemas de orden público y de minería, es interesante en la medida en que avanza en el concepto integral de salud, y se refiere ya no solo al derecho fundamental previsto en la Ley Estatutaria, sino también a los determinantes de la salud, que son responsabilidad de sectores diferentes al de la salud, y a los derechos de los pueblos indígenas, y de igual manera incluye las acciones colectivas en salud a cargo de las entidades territoriales.

El tema del acceso y el derecho a una infraestructura que garantice la cabal atención, así como el recurso humano necesario para garantizarla, son temas que nos plantean una vez más la necesidad de contar con políticas públicas que definan la inversión del Estado en esta materia y pongan incentivos para efectos de permitir el desarrollo de las herramientas que se necesitan (no solo en el sector salud, sino que involucra también a otros sectores, como el MinTIC, para contar con infraestructura para adelantar programas de telesalud, por ejemplo, entre otros sectores).

A manera de conclusión

- La tutela ha demostrado ser un mecanismo fundamental para garantizar la efectividad de los derechos a la salud cuando ha habido amenaza o vulneración.
- Actualmente el juez constitucional debe acatar el mandato constitucional y proteger el derecho del individuo, lo que conlleva una modulación del sistema de salud; debe discernir sobre el amparo con celeridad y sin mayores elementos de juicio de orden técnico o científico, y debe decidir sobre el amparo, sin lograr determinar el grado de necesidad y sin tener en cuenta la disponibilidad de recursos y el impacto de su decisión en la colectividad.
- Es necesario buscar mecanismos o herramientas que permitan apoyar al juez constitucional para el análisis del caso puntual, con el propósito de mitigar el impacto negativo que puedan llegar a tener sus decisiones sobre el derecho de la sociedad en su conjunto.
- En materia de políticas públicas, el juez constitucional permitió avanzar de manera importante en el sistema en temas críticos, como la actualización del Plan de Beneficios de Salud y su igualación; en mayor información para los afiliados para la toma de decisiones, y, parcialmente, en el tema de flujo de recursos en el sistema, pues se sigue perpetuando el pago de la EPS a nombre del Estado para su posterior

reembolso, comprometiendo cada vez mayores recursos que están destinados al pago de los servicios incluidos en el Plan de Beneficios.

- Aparece en la agenda como prioritario, para dar seguridad jurídica a la población sobre el alcance de sus derechos y a todas las entidades que participan en su garantía, lograr:

    1. La definición de un plan de ampliación gradual de los beneficios en salud que incluya servicios que son pertinentes pero que no pueden garantizarse a la población de manera inmediata, considerando la capacidad del país y su máximo esfuerzo.
    2. La asignación clara a otros sectores de las responsabilidades que están siendo asumidas por el de salud y que no son de su competencia, pero que son necesarias, como el caso de los servicios sociales (cuidadores).
    3. La definición de una política que permita garantizar el recurso humano y la infraestructura que necesita el país en materia de salud.

- Es importante responder:

    1. ¿Cómo podemos lograr la protección judicial del derecho a la salud con pertinencia y eficiencia en aquellos casos en los cuales no hay una garantía explícita?
    2. ¿Cómo evitar en algunos casos la coadministración judicial?
    3. ¿Cómo podemos garantizar el más alto nivel posible de salud de manera sostenible?
    4. ¿Cómo minimizar el riesgo de desequilibrio en el sistema cuando las sumas de cada uno de los amparos llegan a tener el impacto financiero actual, generando desequilibrio entre ingreso y gasto?

- Si bien hay separación clara de las ramas del poder público, la sociedad necesita un diálogo permanente que garantice el cabal cumplimiento de la Constitución, con la pertinencia y eficiencia que requiere el sistema de salud.

Queda pendiente, por supuesto, el debate sobre el conjunto de medidas que el país debe adoptar para garantizar que actúa sobre los determinantes de la salud, para que tenga un mayor impacto en el nivel de salud de la población.

Impacto de las decisiones de la Corte Constitucional en el sistema de seguridad social en materia pensional

ALEJANDRO LINARES CANTILLO*

Introducción

El Estado colombiano no contaba con un modelo pensional general e integral antes de la expedición de la Constitución de 1991 y, en especial, de la Ley 100 de 1993,[1] sino que coexistían múltiples sistemas que funcionaban

* Magistrado de la Corte Constitucional desde el 3 de diciembre de 2015. Abogado de la Universidad de los Andes, con maestría en Derecho de la Universidad de Harvard y estudios de posgrado en Finanzas y Tributación Internacional; doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Cuenta con una experiencia de más de veinticinco años en la academia, el sector público y el sector privado. Desde la academia, su vocación docente ha contribuido a la formación de decenas de generaciones de abogados en las universidades de los Andes y del Rosario, en Bogotá, y en la Universidad del Norte, en Barranquilla. Además, ejerce la investigación jurídica en la Universidad Externado, donde culminó su tesis doctoral sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, y ha publicado múltiples artículos en revistas especializadas en materia de hacienda pública, derecho económico internacional y derecho de los negocios. Como servidor público, ha asumido importantes cargos de dirección en la rama ejecutiva, dentro de los cuales se destacan la Vicepresidencia Jurídica de Ecopetrol, la Dirección del Plan Nacional de Rehabilitación, del Viceministerio de Agricultura, la jefatura de la División Especial de Inversiones Extranjeras del Departamento Nacional de Planeación y la jefatura de la División Jurídica de la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro del Ministerio de Hacienda. En el sector privado, ejerció durante veinte años la profesión de abogado, como socio de una prestigiosa firma de abogados, en temas de derecho de los negocios internacionales y litigio transnacional.

1 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones". Congreso de la República de Colombia, Ley 100/93, de 23 de diciembre.

de manera independiente, con fundamentaciones distintas y formas de financiación propias,[2] a saber:

i) *Sistema público de previsión social*. Tuvo sus inicios en 1912, con la creación de un sistema de protección de seguridad social para los trabajadores oficiales del sistema postal y telegráfico. A partir de 1945 expandió su cobertura a la mayoría de los trabajadores nacionales, departamentales y municipales del Estado, quienes tenían derecho a una pensión de jubilación si prestaban sus servicios en el sector público de manera exclusiva durante más de quince años. Su financiación provenía de recursos del tesoro público junto con esporádicos aportes de los empleados; de este régimen hacía parte la mayoría de los trabajadores de la época, siendo así un sistema altamente fragmentado.[3] Con todo, se calcula que, para finales de la década de los 80 del siglo pasado, el sistema de previsión social solo tenía a su cargo a cerca de 60 000 pensionados.[4]

ii) *Sistema a cargo del empleador.* Hacia mediados de la década de los 40 del siglo XX, a través de diferentes estatutos normativos, que finalmente se compilaron en el Código Sustantivo del Trabajo de 1950, se estipuló que los empleadores tendrían a su cargo, entre otros, los riesgos de vejez, invalidez y muerte de sus trabajadores. En relación con la contingencia de vejez, cabe resaltar que los empleados de las grandes compañías tenían derecho a una pensión de jubilación si laboraban para una sola empresa como mínimo quince años.[5] Dichas prestaciones se financiaban con los recursos propios de las compañías y estaban limitadas a la existencia solvente de ellas. Los datos sobre beneficiarios de este régimen indican que solo entre 150 000 y 200 000 colombianos habrían alcanzado una pensión durante su existencia,[6] a pesar de que un gran porcentaje de ciudadanos económicamente activos en algún momento de su vida hizo parte de este sistema al prestar sus servicios para alguna empresa privada.

iii) *Sistema a cargo de Instituto de Seguros Sociales (ISS)*. Fue creado mediante la Ley 90 de 1946, pero solo se consolidó a partir de 1967 con el propósito de reemplazar el sistema a cargo del empleador. Protegió principalmente a la población trabajadora del sector privado, formal, industrial y de las

---

2 Véase Leonardo Cañón Ortegón, *Una visión integral de la seguridad social* (Bogotá: Proa, 1988).

3 Los principales estatutos normativos de este régimen fueron las leyes 82/1912, 66/36, 6/45, 4/76 y 33/85, así como los decretos 2400/68, 1848/69 y 1123/76.

4 Véase Helena Páez de Tavera, Gloria Ochoa y Antonio Ordóñez, *Situación de la vejez en Colombia* (Bogotá: Fundación para la Educación Superior [FES], 1988).

5 Los principales estatutos normativos de este régimen fueron el Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 171/61.

6 Véase Cañón Ortegón, *Una visión integral de la seguridad Social*, *op. cit*.

áreas urbanas. Su financiación se derivaba de un sistema de aportes, en el cual se debían realizar cotizaciones conjuntas por parte del empleador y del trabajador de manera exclusiva al Instituto de Seguros Sociales (ISS), el cual con el dinero recaudado y subsidios estatales reconocía una mesada periódica al momento de cumplirse cierta edad (55 a 60 años) y un número específico de contribuciones (500 a 1000 semanas).[7] En 1990 hacían parte de este régimen 3 413 982 personas, es decir, el 24 % de la población económicamente activa.[8] No obstante, se resalta que según los indicadores de dicha época se estima que solo había cerca de 170 000 pensionados por el Instituto de Seguros Sociales.[9]

iv) *Sistemas excepcionales*. Para determinados sectores económicos se permitió la constitución de cajas de previsión de particulares, como la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (CAXDAC). También existían algunas empresas privadas que ofrecían seguros para cubrir la contingencia de vejez. Estos sistemas excepcionales no alcanzaron a representar el 1 % de la población económicamente activa en 1990.[10]

Al respecto, cabe resaltar que cada uno de los sistemas pensionales tuvo procesos de evolución y desarrollo diferentes, pues, por ejemplo, ciertos regímenes facilitaron la sustitución de la mesada en favor de los familiares del pensionado, otros permitieron el reconocimiento de pensiones con tan solo 250 semanas de cotización, algunos constituyeron seguros de invalidez y muerte para sus afiliados, etc.[11] Sin embargo, la desarticulación entre los distintos modelos generó que la mayoría de la población de la tercera edad para 1990 no alcanzara a disfrutar de una mesada, toda vez que un trabajador tenía que prestar sus servicios para un sector determinado de manera exclusiva y continua por más de una década para aspirar razonablemente a obtener una pensión;[12] pero tal estabilidad no ha sido la regla general en la dinámica ocupacional colombiana.

En ese contexto, y con el fin de desarrollar los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social, y que fueran

---

7 Los principales estatutos normativos de este régimen fueron las leyes 90/46, 12/77 y 11/88, así como los decretos 3170/74, 770/75, 1824/75, 1650/77, 1700/77, 550/77, 1138/84 y 758/90.

8 Véase Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), *Colombia estadística* (1990), https://bit.ly/2HXGq67

9 Véase Páez de Tavera, Ochoa y Ordóñez, *Situación de la vejez en Colombia*, *op. cit.*

10 Ibíd.

11 Véase Gerardo Arenas Monsalve, *Derecho colombiano de la seguridad social* (Bogotá: Legis, 2007).

12 Al respecto, se puede consultar AA. VV., *Comentarios a la reforma de seguridad social* (Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1994).

acogidos por el constituyente de 1991,[13] el legislador, con la expedición de la Ley 100 de 1993, pretendió superar dicha desarticulación, creando un *sistema integral y general de pensiones*, el cual permitiera la acumulación de tiempos de servicio en el sector público y semanas trabajadas en el sector privado y generara relaciones recíprocas entre los distintos regímenes de pensiones, con los objetivos de aumentar su eficiencia financiera y de ampliar su cobertura.[14] Ello mediante la coexistencia y competitividad de dos regímenes con reglas para acceder a la pensión totalmente distintas: las del régimen de prima media (RPM) con prestación definida y las del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Para el efecto, se implementaron nuevos requisitos para el reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes; se establecieron reglas sobre el cálculo de semanas de cotización, y se creó un régimen de transición con el fin de respetar las expectativas legítimas.[15] Bajo este nuevo régimen integral, se han generado problemas de corrupción, como el denominado "carrusel de las pensiones"; posiciones judiciales enfrentadas tanto a nivel de las altas cortes (Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional) como al nivel interno de la Corte Constitucional, y una serie de reformas legales, e incluso una constitucional.[16]

Gasto público en pensiones

Debido a los problemas financieros del sistema pensional, la baja cobertura y la inequidad en la distribución de los recursos públicos, a partir del año 2002, se implementaron algunas reformas que introdujeron, entre otras, limitaciones al monto de las pensiones, la aplicación fiel del régimen de transición,[17] modificaciones a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez,[18] cambios en la operación del sistema de riesgos laborales[19] y desarrollos de figuras como la pensión familiar[20] o los Beneficios Económicos

---

13 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, 6 de julio de 1991, artículo 48.

14 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-177/98 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), y Sentencia SU427/16 (M. P. Luis Guillermo Guerrero).

15 Véase Congreso de la República de Colombia, Ley 100/93, de 23 de diciembre, artículos 10-151.

16 Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01/05, de 22 de julio, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución política, *Diario Oficial* n.º 45.980, 25 de julio de 2005.

17 Véase ibíd. y Congreso de la República de Colombia, Ley 797/03, de 29 de enero.

18 Véase Congreso de la República de Colombia, Ley 860/03, de 29 de diciembre.

19 Véase Congreso de la República de Colombia, Ley 776/02, de 17 de diciembre, y Ley 1562/12, de 11 de julio.

20 Véase Congreso de la República de Colombia, Ley 1580/12, de 1 de octubre.

Periódicos (BEPS).[21] Es así como el legislador fallidamente intentó reformar el régimen de transición, primero mediante el artículo 4 de la Ley 860 de 2003, declarado inexequible en la Sentencia C-754 de 2004 por un vicio de consecutividad en el trámite legislativo y, posteriormente, por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003, también hallado inconstitucional en la Sentencia C-1056 de 2003, por un yerro de forma.

Finalmente, fue necesario implementar una reforma constitucional para poner un límite al déficit pensional, situación que quedó evidenciada en la Sentencia C-258 de 2013, al considerar que

> después de la Ley 100 se produjo una situación insostenible en la medida en que serían los actuales y futuros contribuyentes los que debían financiar la deuda causada por las pensiones corrientes y, además, su gasto social y sus propias futuras pensiones. El déficit operacional por pasivos pensionales de los últimos 12 años, ascendía antes de la Ley 797 de 2003 al 30,5 % del PIB, es decir que equivalía el 60 % de la deuda pública total, lo cual era insostenible macroeconómica y fiscalmente. La carga sobre la generación actual y las futuras no era consistente con los ingresos de las mismas. El valor de la proyección del déficit pensional de acuerdo con cifras del DNP ascendía antes de la expedición de la Ley 797 al 207 % del PIB del 2000, en un horizonte de 50 años, por lo cual el Gobierno se propuso reformar el sistema pensional y el Congreso aprobó las leyes 797 y 860 de 2003 con lo que se logró disminuir el déficit pensional a 170,2 % en el mismo horizonte, lo cual es bueno pero no satisfactorio.[22]

En este contexto histórico, el Acto Legislativo 01 de 2005 reformó el artículo 48 de la Constitución, con el propósito homogeneizar los requisitos y beneficios pensionales, y, en aras de lograr una mayor equidad y sostenibilidad en el sistema, estableció los presupuestos de: i) garantía de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, ii) cumplimiento de los requisitos y condiciones legales para adquirir el derecho a la pensión, iii) unificación de requisitos y beneficios pensionales, iv) imposibilidad de crear beneficios pensionales superiores mediante pactos o convenciones colectivas, v) liquidación de la mesada sobre los factores efectivamente cotizados y vi) topes pensionales; presupuestos básicos para el funcionamiento del Sistema General de Pensiones, destacando el especial interés en que "la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones fue una preocupación transversal a la reforma. Ella motivó la unificación de las reglas y la eliminación de beneficios desproporcionados".[23]

---

21 Véase Congreso de la República de Colombia, Ley 1382/09, de 9 de febrero, artículo 87.

22 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-258/13 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

23 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU555/14 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Más específicamente, la Corte, en la Sentencia C-078 de 2017, al declarar exequible la expresión "el límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado", contenida en el inciso 4 del artículo 5 de la Ley 797 de 2003, reiteró lo siguiente sobre la reforma constitucional del artículo 48 superior:

> En relación con las condiciones para acceder a la pensión, el artículo 48 superior —incluso desde su versión inicial— ha hecho una remisión expresa para que sea el Legislador el encargado de determinarlas. Sobre el particular, este Tribunal de manera reiterada ha reconocido el amplio margen de configuración que tiene el Congreso de la República para regular todo lo concerniente al reconocimiento legal de la pensión, siempre que se oriente por los principios de eficiencia, solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera.[24]

El déficit pensional, de acuerdo con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP), era del 292,3 % del PIB, y con la Ley 100 de 1993 se redujo al 162 %. Más tarde, con la reforma de la Ley 797 de 2003, bajó al 144 % del PIB; el Acto Legislativo 01 de 2005 lo llevó al 129,5 % del PIB, y mediante las reformas posteriores actualmente se encuentra en el 109,9 % del PIB, cifra que en términos porcentuales no parece exagerada en la medida que ha venido disminuyendo, pero que, cuantificada tal y como lo expone el doctor Santiago Montenegro, para este año se estima en $38 billones y para la vigencia del año 2018 en $41,1 billones, como subsidio de los contribuyentes con las pensiones del sector público.

Cuantificación del gasto público pensional

En concordancia con lo antes expuesto, resulta útil revisar algunas cifras oficiales sobre el gasto público en pensiones. Por un lado, recordar que nuestro sistema pensional involucra dos modelos completamente distintos, que compiten entre sí en la atención de las prestacionales sociales. En lo que se refiere al régimen de prima media con prestación definida, operado inicialmente por el ISS (hoy Colpensiones), este afronta el reto de una administración eficiente del sistema, teniendo en cuenta que solo aportan de manera habitual el 35 % de la población económicamente activa del país y que este porcentaje debe subsidiar mesadas elevadas, producto de los regímenes especiales previos a la Ley 100 de 1993, lo cual afecta su sostenibilidad financiera y genera un déficit cercano al 3,5 % del PIB, esto es aproximadamente $38 billones para el año 2017, que en su mayoría son

[24] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-078/17 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

financiados por el Presupuesto General de la Nación (PGN). Estimándose que para la vigencia fiscal del 2018,

> según el Presupuesto General de la Nación para 2018, [...] será de 235,6 billones de pesos y se discute actualmente en el Congreso, el país tendrá que destinar el próximo año 41,1 billones de pesos para financiar gastos en materia pensional, lo cual representa un 8,8 por ciento más que los 37,8 billones de pesos ya gastados este año.[25]

La anterior cifra es equivalente a todo lo recaudado por el impuesto del IVA o al 17,4 % del PGN,[26] que se traduce en la quinta parte de todo el PGN de la vigencia del 2018. Haciendo un análisis del gasto público anual en pensiones ($41,1 billones), se constata que con dichos recursos podría ampliarse la cobertura y la equidad del sistema pensional mediante una mejor distribución de los recursos, pues, por ejemplo, el programa de Familias en Acción cuesta $2,6 billones y atiende a 10 millones de personas; asimismo, Colombia Mayor, con un presupuesto de $1,6 billones, cubre a 1,4 millones de adultos mayores. Según estudios económicos, el gasto en los subsidios pensionales es uno de los más regresivos que tiene el PGN, en particular las transferencias para los regímenes especiales, como el FOPEP, que con $10,1 billones paga mesadas de 350 000 pensionados; las pensiones de las FF. AA., que con una asignación de $7,2 billones beneficia a 250 000 retirados, y las del Magisterio, que con $7,2 billones financia 226 000 pensiones de maestros.[27]

Por otro lado, es pertinente resaltar que, de los 8 413 491 afiliados al sistema de pensiones, 6 125 021 se encuentran en el régimen de ahorro individual y 2 288 470 en el régimen de prima media. No obstante, en relación con el número de pensionados, los fondos privados han reconocido 109 458 mesadas de jubilación y Colpensiones paga 1 241 878 pensiones.[28] Igualmente, cabe advertir que, según los datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para el primer trimestre de este año se calcula una informalidad laboral de más del 45 % y una tasa de desempleo cercana al 10 %, con lo cual de plano más de la mitad de la población activa del país se encuentra excluida del sistema pensional,

---

25 "Pensiones: nuestra bomba atómica", *Revista Semana*, 23 de septiembre de 2017, https://bit.ly/2CUvSRf

26 Ibíd.

27 Ibíd.

28 "El sistema pensional en su laberinto", *Portafolio*, 5 de mayo de 2017, https://bit.ly/2TCs4K9, y "Reforma pensional: más allá de subir la edad o quitar subsidios", *La República*, 4 de marzo de 2017, https://bit.ly/2REeU1C

comoquiera que la protección de las contingencias de vejez, invalidez y muerte están vinculadas al desarrollo de una actividad productiva formal.[29]

Marco jurisprudencial del debate

En primer lugar quiero resaltar una intervención muy importante de la Corte Constitucional en la administración del extinto Instituto de los Seguros Sociales (ISS), que inició con la declaratoria del estado de cosas inconstitucional (ECI) para Colpensiones en el Auto 110 de 2013 y que culminó con su levantamiento en la Sentencia T-774 de 2015, proceso en el cual esta corporación intervino oportunamente para conjurar las violaciones masivas del derecho fundamental de petición y la mora en el reconocimiento de pensiones de vejez, sobrevivientes, invalidez, indemnizaciones sustitutivas, auxilios funerarios, resolución de recursos y reliquidaciones represadas en el proceso de transición del ISS a Colpensiones, por lo que si bien esta mediación no resolvió todos los problemas del régimen de prima media con prestación definida, sí constituyó un gran aporte en la normalización de una respuesta institucional oportuna y efectiva.

De igual modo quiero exponer algunos casos concretos adoptados con posterioridad a la Sentencia C-258 de 2013 (conocida como de megapensiones), en la cual se incorporaron algunas reglas relevantes de aplicación e interpretación del Acto Legislativo 01 de 2005 en los regímenes especiales. Tales providencias tienen que ver con: i) el ingreso base de liquidación (IBL), ii) las vinculaciones precarias, iii) la condición más beneficiosa, iv) los factores salariales y v) el principio *in dubio pro operario* en la liquidación de la mesada, asuntos de gran impacto en el tema pensional.

Ingreso base de liquidación (IBL) (Sentencia SU230 del 2015)

En la Sentencia SU230 del 2015, la Sala Plena resolvió el caso de un exfuncionario del Banco Popular, beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quien alegaba que sus derechos fundamentales habían sido vulnerados por la decisión adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la cual dispuso aplicar a la liquidación de la pensión del accionante el promedio de los salarios que sirvieron de base de cotización durante los últimos diez años y no solo el promedio del último año de servicio, entre otras cosas. La Corte se planteó como problema jurídico resolver si la providencia judicial, atacada por reconocer una mesada inferior al monto que legalmente le

[29] Véase el Informe de desempleo e informalidad del primer trimestre del año 2017 del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

correspondería —esto es, de acuerdo con el 75 % del promedio salarial que sirvió de base para realizar los aportes de los últimos diez años de relación laboral, como lo precisa el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con el 75 % del promedio de los salarios percibidos durante el último año de servicios, como lo ordena el artículo 1 de la Ley 33 de 1985—, vulneró los derechos fundamentales del accionante. En dicha oportunidad la Sala Plena de la Corte Constitucional negó el amparo con fundamento en las siguientes consideraciones:

> Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013 se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.[30]

Vinculaciones precarias (Sentencia SU427 de 2016)

En el caso resuelto en la Sentencia de Unificación SU427 de 2016, la accionante, la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP), reclamaba la protección de su derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, vulnerado por una decisión judicial. De los

---

[30] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU230/15 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). En esta misma sentencia se lee: "Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258/13 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) estableció que la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no al IBL. Por eso, concluyó, existe un precedente a seguir en la materia, en particular cuando el conflicto versa sobre la aplicación integral del régimen especial que invoca el actor y el alcance que la Corte le otorgó al régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 en el sentido de que el IBL no forma parte de este. En consecuencia, indicó, no se configuró el defecto sustantivo alegado porque la decisión de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es contraria a la interpretación fijada por la Corte Constitucional sobre el punto en discusión. Contra el anterior fallo, el ciudadano presentó solicitud de nulidad por considerar que la Sala de Revisión no aplicó la jurisprudencia en vigor sobre el alcance del artículo 36 de la Ley 100 y con ello desconoció el principio de integralidad del régimen especial. Frente a la anterior petición, la Sala Plena de la Corte Constitucional señaló que, en efecto, la interpretación fijada por la Corte sobre la exclusión del IBL como un aspecto del régimen de transición, 'constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna'".

hechos del caso se puede destacar que se trató de una pensionada de la entonces Cajanal —hoy liquidada—, quien tradicionalmente se desempeñó como auxiliar judicial y, con base en un salario generalmente constante, adquirió su pensión con un monto inicial del 75 % del salario promedio devengado durante los últimos diez años cotizados, acorde con el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dado que la funcionaria continuó laborando, con posterioridad a su retiro la pensión fue tasada con el 77,5 % del salario devengado en un cargo mayor al tradicionalmente desempeñado, como fiscal delegada, durante un mes y seis días. Años después, la accionante inició un proceso laboral ordinario para nuevamente reliquidar su mesada conforme al 85 % de la asignación más alta percibida durante el último año de servicio, tal y como lo preveía el Decreto Ley 546 de 1971. Como resultado de dicho litigio se concedieron sus pretensiones y además se adicionó una bonificación de gestión judicial como factor salarial, con lo que pasó de una mesada de $3 935 780 a una de $14 140 249.

La Corte Constitucional en esta oportunidad dejó sin efectos los fallos de la jurisdicción ordinaria laboral, tuteló los derechos de la UGPP y ordenó reliquidar la pensión reconocida a la exfuncionaria tomando como ingreso base de liquidación el promedio de los ingresos percibidos por la afiliada durante los diez últimos años de servicio, incluyendo solo los factores salariales sobre los cuales se realizaron efectivamente cotizaciones. Para llegar a esta decisión, la Sala consideró lo siguiente:

> Este Tribunal avizora que la afectación del erario público con ocasión de una prestación evidentemente reconocida con abuso del derecho tiene la vocación de generar un perjuicio irremediable a las finanzas del Estado, las cuales se utilizan para garantizar, entre otros, el derecho a la seguridad social de los colombianos, por lo que en casos de graves cuestionamientos jurídicos frente a un fallo judicial que impone el pago de prestaciones periódicas a la UGPP, el amparo será viable con el fin de verificar la configuración de la irregularidad advertida y adoptar las medidas respectivas.[31]

Más adelante, la Sentencia SU427 de 2016, al descender al caso en concreto, constata que

> el reajuste de la pensión de vejez de María Margarita Aguilar Alzate se efectuó sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual derivó en un abuso del derecho, ya que se dispuso el aumento de la prestación de $3 935 780 pesos m/cte. a $14 140 249 pesos m/cte. con fundamento en una vinculación precaria en encargo que tuvo la mencionada ciudadana como fiscal delegada ante un tribunal superior de distrito judicial por 1 mes y 6 días, periodo en el cual se incrementó considerablemente su asignación salarial y recibió una bonificación por

[31] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU427/16 (M. P. Luis Guillermo Guerrero).

> gestión judicial, que a la postre también fue tenida en cuenta para efectuar la liquidación de la mesada prestacional.

Condición más beneficiosa (Sentencia SU442 de 2016)

Una persona de 72 años, en situación de discapacidad, solicitó a Colpensiones pensión de invalidez, la cual le fue negada al no cumplir con las 50 semanas exigidas al momento de la estructuración de la invalidez —17 de octubre de 2013—, por lo que en aplicación de la *favorabilidad*, solicitó mediante acción de tutela que se le concediera la pensión con fundamento en el Decreto 758 de 1990, al tener más de 300 semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. La Corte en la Sentencia de Unificación SU442 de 2016 tuteló los derechos fundamentales del actor a la seguridad social y al mínimo vital y ordenó a Colpensiones el reconocimiento de su pensión, con fundamento en el siguiente razonamiento:

> El principio de la condición más beneficiosa no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, concebida conforme a la jurisprudencia. Por lo demás, una vez la jurisprudencia ha interpretado que la condición más beneficiosa admite sujetar la pensión de invalidez a reglas bajo cuya vigencia se contrajo una expectativa legítima, no puede apartarse de esa orientación en un sentido restrictivo, a menos que se ofrezcan razones poderosas suficientes que muestren que: i) la nueva posición tiene mejor sustento en el orden legal y constitucional, ii) los argumentos para apartarse priman sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que están a la base del respeto al precedente constitucional, y iii) está en condiciones de desvirtuar la prohibición de retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales, establecida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Hasta el momento no se han aportado razones de esta naturaleza, por lo cual la jurisprudencia de esta Corte, encargada de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución, se mantiene y es vinculante para todas las autoridades, incluidas las judiciales.[32]

Factores salariales para efectos de determinar el monto (Sentencia SU395 de 2017)

En la Sentencia de Unificación SU395 de 2017, la Sala Plena estudió cinco acciones de tutela promovidas en su momento por la Caja Nacional de

---

[32] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU442/16 (M. P. María Victoria Calle). Esta sentencia fue reiterada en la SU499/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), pero para la pensión de sobrevivientes.

Previsión Social (Cajanal EICE), ya liquidada; el Instituto de Seguros Sociales (ISS), liquidado, y varios ciudadanos contra el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda) a propósito de las decisiones adoptadas por esa corporación judicial, dado que, a raíz de varios procesos de nulidad y restablecimiento del derecho por medio de los cuales el Consejo de Estado, Sala Segunda, ordenó que para efectos de determinar la base de liquidación en el régimen de transición del régimen especial de los servidores públicos (Ley 33 de 1985) y de la Contraloría General de la Nación (Decreto Ley 929 de 1976), entre otros, debía tomarse en cuenta el promedio de la totalidad de factores constitutivos del salario devengado durante el último año de servicios previsto en dichos regímenes especiales anteriores a la Ley 100 de 1993.

En ese contexto se planteó la existencia de varios problemas jurídicos, de los que destaco la determinación de que

> la bonificación especial o quinquenio como factor salarial para funcionarios de la Contraloría General de la República debía computarse en su totalidad o de forma proporcional como base integrante del monto pensional [...] [y] el régimen de transición pensional permitía la aplicación del concepto de monto pensional del régimen especial anterior con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.[33]

En términos generales, la Sala Plena consideró que, de conformidad con lo decidido en las sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a los beneficiarios del régimen de transición se les debe aplicar el ingreso base de liquidación (IBL) establecido en el artículo 21 y en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; es decir, el que corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento pensional, debido a que es la interpretación normativa que mejor se ajusta a los principios constitucionales de equidad, eficiencia y solidaridad del artículo 48 superior, a la cláusula de Estado social de derecho, y a que evita los posibles casos de evasión y fraude al sistema.

Bajo este panorama, resaltó que la liquidación de pensiones de regímenes especiales no puede incluir todos los factores salariales, en tanto que solo deben incorporarse aquellos que sean directamente remunerativos del servicio sobre los cuales los beneficiarios hayan realizado los correspondientes aportes. Interpretación que, según pudo constatarse, ha sido reafirmada por la propia Corte Constitucional en las providencias T-078

---

[33] Corte Constitucional de Colombia, Comunicado de Prensa n.º 36, 20 de septiembre de 2018, https://bit.ly/2shicJS

de 2014, A-326 de 2014, SU230 de 2015, T-060 de 2016, SU427 de 2016 y SU210 de 2017, en las que se ha dejado en claro que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón de que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el ingreso base de liquidación.

In dubio pro operario *(Sentencia SU310 de 2017)*

Finalmente, en la Sentencia de Unificación SU310 de 2017 la Sala estudió el caso de varios pensionados del régimen de transición del Acuerdo 049 de 1990 que solicitaron ante la jurisdicción ordinaria laboral el incremento del 14% sobre su mesada pensional con fundamento en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, que disponía un incremento de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez "b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de este y no disfrute de una pensión".[34] En esta oportunidad el razonamiento de la mayoría se centró en la siguiente interpretación:

> En virtud del mandato constitucional de *in dubio pro operario*, la interpretación que resulta más favorable a los intereses de los pensionados, es aquella según la cual los incrementos pensionales de que tratan los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, no prescriben con el paso del tiempo. Aclarándose que las mesadas causadas y no reclamadas oportunamente, sí prescriben conforme a la regla general de prescripción de las acreencias laborales contenida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo. En esa medida, las accionadas incurrieron en violación directa de la Constitución como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, porque desconocieron el principio constitucional de *in dubio pro operario*.
>
> 9.3. En virtud del deber de solidaridad (artículos 1.°, 48 y 95.2 de la Constitución política), las autoridades judiciales y administrativas accionadas debieron aplicar la interpretación más favorable de la norma, teniendo en cuenta que las personas a cargo de los accionantes son en su mayoría sujetos de especial protección constitucional, en razón a su edad y/o situación de discapacidad, y que los incrementos pensionales solicitados están encaminados a garantizarles una vida digna y su mínimo vital.[35]

---

34 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU310/17 (M. P. Aquiles Arrieta Gómez).

35 Ibíd.

Conclusión

El referido escenario histórico ha marcado el litigio constitucional a lo largo de los veinticinco años de existencia de la Corte, pues en materia pensional las demandas de constitucionalidad estudiadas por el tribunal a partir de 1992 no solo han tenido como objeto las normas del sistema introducido por Ley 100 de 1993,[36] sino también los estatutos normativos de los modelos pensionales preconstitucionales vigentes, en virtud del régimen de transición.[37] Igualmente, los conflictos analizados al revisar los fallos de tutela en su gran mayoría tienen su origen en la aplicación de los sistemas previos a la expedición de dicha ley,[38] así como en los cambios derivados de las implementaciones de las reformas realizadas al sistema desde el año 2002.[39]

Retos de la Corte Constitucional con respecto al tema pensional

Una vez revisados los antecedentes, el gasto público en pensiones y las providencias judiciales de la Corte con impacto pensional, se podrían considerar algunos potenciales retos de esta corporación en el futuro; lo anterior en atención al sinnúmero de aspectos que convergen en la operación y funcionamiento del sistema pensional colombiano, así: i) teniendo en cuenta el gran universo de tutelas en materia pensional, la administración de justicia constitucional debería tener presente el riesgo a la viabilidad financiera del sistema pensional que conllevaría la toma de decisiones judiciales que, si bien deben proteger los derechos fundamentales, deben también considerar de manera integral que el derecho otorgado a un sujeto en particular debe estar estrictamente respaldado por su realidad laboral y por la norma vigente, con el fin de no menguar injustificadamente el fondo común; ii) el juez constitucional debería considerar en sus decisiones el principio de equidad, en tanto que el beneficio

---

[36] Véase, entre otras, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-126/95 (M. P. Hernando Herrera Vergara), Sentencia C-378/98 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra), Sentencia C-107/02 (M. P. Clara Inés Vargas), Sentencia C-754/04 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), Sentencia C-556/09 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), Sentencia C-228/11 (M. P. Juan Carlos Henao) y Sentencia C-758/14 (M. P. Martha Victoria Sáchica).

[37] Véase, entre otras, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-012/94 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), Sentencia C-155/97 (M. P. Fabio Morón Díaz) y Sentencia C-258/13 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[38] Véase, entre otras, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU189/12 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza), Sentencia SU856/13 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), Sentencia SU769/14 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio) y Sentencia SU427/16 (M. P. Luis Guillermo Guerrero).

[39] Véase, entre otras, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-506/12 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio) y Sentencia SU130/13 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza).

individual otorgado por creación jurisprudencial a un afiliado del sector público puede estar sustrayendo recursos a favor de personas que ni siquiera han podido acceder al sistema pensional, y iii) finalmente, el juez constitucional debe tener en cuenta el principio de correspondencia, que comporta la imperiosa necesidad de tener en cuenta el esfuerzo de ahorro o cotización de la persona durante toda su historia laboral y el monto de la pensión liquidada, ya que el mayor gasto fiscal se concentra en el subsidio para pagar las mesadas pensionales más altas del país.

Con el propósito de facilitar el debate, se proponen los siguientes interrogantes sobre el impacto y la eficacia de las decisiones de la Corte Constitucional en el sistema de seguridad social en materia pensional en relación con:

Primero, el *principio de universalidad* contra la *protección de derechos fundamentales individuales*. Dado el mandato de protección contra las contingencias de vejez, invalidez y muerte para todas las personas sin discriminación, cabe preguntarse si, a pesar de que han trascurrido más de veinte años desde la implementación del sistema pensional consagrado en la Ley 100 de 1993 y la cobertura de la población económicamente activa es baja, pues no supera el 50 %, resulta cierta la premisa que ha defendido la Corte en sus fallos según la cual dicho axioma puede lograrse a través del modelo consagrado en el mencionado estatuto normativo. En efecto, sería relevante examinar si resulta razonable concluir que los fallos del tribunal constitucional, al haber avalado los regímenes de prima media y de ahorro individual, le otorgaron legitimidad y respaldo a un sistema que eventualmente no tendría la capacidad estructural de garantizar masivamente la protección de las personas ante la ocurrencia de los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Segundo, el análisis de que existen otros obstáculos de índole social, política o macroeconómica que, sin importar el modelo pensional que se adopte en el país, de no ser superados, no se podrá mejorar la cobertura del sistema de seguridad social, comoquiera que en materia de tutela algunas decisiones de la Corte, con el propósito de proteger los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de las personas, han permitido la flexibilización de ciertos requisitos para acceder a las pensiones, lo que afecta de manera colateral las finanzas del sistema de seguridad social. Por ello, sería pertinente reflexionar sobre la necesidad de introducir cambios estructurales en la política estatal de protección de las personas de la tercera edad o en situación de discapacidad, como, por ejemplo, con el establecimiento de una renta básica para ciertos grupos de la sociedad y la creación de un sistema de seguros propiamente dicho para que los individuos con capacidad de pago cubran las contingencias de la vida en la medida que lo deseen. Asimismo, cabría analizar si deben fortalecerse

programas como Colombia Mayor o los Beneficios Económicos Periódicos (BEPS) para evitar que el estado de pobreza absoluta sea la razón de que los jueces de amparo no apliquen de manera estricta los requisitos para decidir sobre el reconocimiento de pensiones.

Tercero, con respecto a la *sostenibilidad financiera del sistema pensional*,[40] valdría la pena analizar el impacto de las decisiones de la Corte que ha avalado y respaldado a: i) el sistema de financiación del régimen de prima media con prestación definida, a pesar de que su viabilidad genera una afectación considerable al erario, puesto que los aportes de sus 2 288 470 afiliados no son suficientes para cubrir la mesadas de su 1 241 878 pensionados, máxime cuando se garantizan tasas de reemplazo que oscilan entre el 55 % y el 70 % del salario promedio de cotización y ii) el sistema de funcionamiento del régimen de ahorro individual con solidaridad, cuya rentabilidad así como costos de administración y de aseguramiento de los riesgos en caso de quiebra hace que, a pesar de contar con más de 6 millones de afiliados, apenas supere los 100 000 pensionados, luego de veinte años de operación, con tasas de remplazo que no llegan ni siquiera al 40 % en promedio, y que se ven elevadas, en muchos casos, en razón de la garantía de la pensión mínima.

Cuarto, finalmente, con ocasión del *principio de eficiencia*, se podría indagar sobre la intervención de la Corte en la administración del sistema pensional con el ideal de mejorar la prestación del servicio de seguridad social, la equidad y una mejor distribución de los recursos públicos, así como para superar fraudes al sistema, mediante la adopción de sentencias estructurales, la declaración de estados de cosas inconstitucionales y la apertura de incidentes de cumplimiento y seguimiento a dichas decisiones. Asimismo, con relación al *principio de solidaridad*, que propugna por el apoyo del "más fuerte hacia el más débil", cabría determinar la efectividad del control de la Corte al examinar la constitucionalidad de las normas que contienen el régimen de transición, que deriva en la aplicación de modelos pensionales previos a la Ley 100 de 1993, en los que la nación debe subsidiar el pago de mesadas elevadas a costa del tesoro público, el cual, en principio, debería destinarse para atender las necesidades de los menos favorecidos, de acuerdo con las políticas que elaboren los órganos políticos con el fin de desarrollar las cláusulas propias de un Estado social y democrático de derecho.

---

[40] Este principio, que fue establecido en el inciso 1 del Acto Legislativo 01/05, por medio del cual se modificó el artículo 48 de la Constitución, es distinto al criterio de sostenibilidad fiscal del que trata el artículo 1 del Acto Legislativo 03/11, por medio del cual se reformó el artículo 334 de la Constitución.

Los retos del litigio constitucional en materia pensional

SANTIAGO MONTENEGRO*

Muchas gracias. Primero que todo, quiero agradecer esta invitación para participar en este XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Me siento muy honrado y quiero agradecerle, doctor Luis Guillermo, esta invitación. Quiero también felicitarlo por haber hecho este evento fuera de Bogotá, por haberlo traído a una región, a Pasto, mi tierra.

Queridos paisanos, me siento muy contento de estar aquí con ustedes. Infortunadamente, no voy a tener mucho tiempo para hacer todas las cosas que a uno le gusta hacer aquí, en la tierra, pero espero pasar un momentico por la Valladolid, comprarme una ayulla con queso, pues espero que todavía las sigan vendiendo. Un saludo a los compañeros del panel.

Sobre el mercado laboral

Básicamente, quiero comenzar diciendo que en gran medida los problemas que han exacerbado lo que se llama el litigio constitucional en lo que tiene que ver con la seguridad social en pensiones reside en los siguientes factores:

a) En Colombia tenemos un sistema pensional con dos regímenes: un régimen de prima media y un régimen de ahorro individual. Este sistema provee dos tipos fundamentales de pensiones: una pensión

* Economista de la Universidad de los Andes y doctor en Economía de la Universidad de Oxford. Actualmente es presidente de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos y Pensiones (Asofondos). Se ha desempeñado, entre otros cargos, como decano de la Facultad de Economía de la Universidad de los Andes, presidente de la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF) y director del Departamento Nacional de Planeación.

contributiva de vejez y una pensión de aseguramiento para cubrir los riesgos de invalidez y de muerte. Para simplificar, voy a llamar a esta última la pensión de invalidez.

b) Estos dos tipos pensionales fueron creados para cubrir a los trabajadores formales. Es decir, a personas con empleos estables, que cotizan regularmente a la seguridad social. Ese fue el espíritu con que se creó el sistema general de pensiones con la Ley 100 del año 93.

c) Pero hay más trabajadores aparte de los formales, que se pueden clasificar en dos tipos: primero, los informales, los que jamás han cotizado y jamás cotizarán a la seguridad social, y los que podemos llamar cuasiinformales, los que han cotizado alguna vez, unas poquitas semanas, durante 2, 3, 5 años, pero no son cotizantes regulares. Esta diferenciación es importante para comprender que las dificultades de financiación del sistema pensional colombiano provienen principalmente de las deficiencias del mercado laboral colombiano.

Déjenme darles unas cifras, que sorprenden a mucha gente que no las conoce. En Colombia tenemos 36 millones de personas en edad de trabajar, 24 millones personas son económicamente activas y 22 millones están ocupadas. O sea que tenemos unos dos millones de desempleados. Pero de esos 22 millones de ocupados, solo 7,8 millones cotizaron a pensiones. Si uno utiliza esa definición de formalidad, que es la que utiliza la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo, esto quiere decir que tenemos un 65 % de los trabajadores como informales.

Esos 7,8 millones de personas cotizantes surgen de la encuesta del DANE que pregunta "¿Usted cotizó a pensiones el mes anterior?". Pero si a usted le preguntaran "¿Usted cotizó regularmente al menos 9 meses en el último año?", la respuesta sería aún más preocupante. De los 22 millones de personas que han cotizado alguna vez al sistema pensional, solo 2,4 millones cotizaron regularmente; o sea, que con esa definición, 19 millones serían informarles o cuasiformales. Este hecho, que es estructural del mercado laboral, es también fuente de litigios constitucionales en materia pensional, pues con ese mercado laboral el número de trabajadores colombianos que pueden pensionarse es muy bajo.

Podría extenderme más, pero solo les doy unas cifras comparativas de un país que es casi idéntico en población y variables laborales a Colombia. En España, en lugar de nuestros 7,8, cotizaron 18 millones, 10 millones más. Estas cifras sobre informalidad son fuente no solo de los problemas de la seguridad social, sino también de los problemas fiscales del país, porque en Colombia de esos 22 millones de personas, solo 2,1 millones declaran renta y pagan algún tipo de impuestos. En España, la cifra equivalente es 19 millones.

Los informales no tienen financiación

Todo sistema pensional, cualquiera que sea el modelo que se escoja, debe contar con fuentes de financiación, ya sea vía cotizaciones o vía impuestos. En Colombia, ninguna de las dos fuentes se cumple a cabalidad para los trabajadores informales o cuasiformales. Este es el problema de fondo que tenemos.

El ordenamiento legal en pensiones para los trabajadores formales es, con todos los problemas que tiene, relativamente claro y comprensivo, tanto para pensiones de vejez como de invalidez. Pero con relación a la pensión de invalidez, el ordenamiento legal para los informales y los cuasiinformales es prácticamente inexistente.

Con relación al cubrimiento para la vejez de los trabajadores informales y los cuasiformales, el ordenamiento legal prevé dos mecanismos de protección que no están dentro del sistema pensional. Para los cuasiformales existe un mecanismo de beneficios periódicos, y para los totalmente informales, el Estado ha creado un programa de subsidios para los adultos mayores más pobres. Este mecanismo de protección existe, pero es parcial e incompleto. En Colombia tenemos unos 5,7 millones de personas en edad de retiro; entre ellos hay 1,2 millones que tienen una pensión, otros 1,5 millones que están en el programa Colombia Mayor, y cerca de 2 millones de adultos mayores que no tienen nada, ni siquiera los 70 000 pesitos que les da Colombia Mayor. Por esa razón, el doctor Linares tiene toda la razón cuando dice que, cuando se dan subsidios muy altos a algunas personas, no se tiene en cuenta a estos millones de personas que no tienen nada o que tienen muy poquito.

Como conclusión de este contexto —dado que definir qué tipo de prestación deben recibir quienes han estado por fuera del sistema de protección social y que no tienen nada en la vejez o en la invalidez es una tarea que requiere que se definan también las fuentes de financiación y los requisitos de acceso, y esto no puede hacerse caso a caso—, estamos convencidos de que solo el legislador puede definir de manera progresiva, ordenada y sostenible la ampliación de la protección social existente, ya sea ampliando el sistema pensional actual o a través de otros servicios sociales complementarios, para que exista una verdadera garantía a los derechos sociales y para que el Estado honre verdaderamente la condición de ser Estado social de derecho.

Con estos vacíos del ordenamiento legal, no es de extrañar que se generen muchos litigios constitucionales con personas que aspiran a los beneficios que ofrece el Sistema General de Pensiones, pero sin cumplir con los requisitos de acceso que establece nuestro sistema pensional.

Estamos convencidos de que no se le debe asignar la solución de los vacíos de protección social al Sistema General de Pensiones. Quiero enfatizar que este problema afecta tanto al régimen público como al privado: no se le deben asignar obligaciones no previstas en él, que no tienen fuente de financiación, porque esa asignación extralegal pone en riesgo su existencia y el sistema pensional debe seguir operando. Tampoco esa ampliación del ordenamiento legal debe hacerse de manera desordenada, caso por caso, sino por parte del legislador, en forma ordenada y sistemática. El legislador es quien debe definir, como ya existe para los trabajadores formales, a quién se protege, el alcance de la protección, por cuánto tiempo, cómo se financia dicha protección, quién contribuye a la financiación, quién administra ese régimen de protección y qué responsabilidades tiene ese administrador.

Los vacíos del ordenamiento legal son fuente de litigios constitucionales

La Corte Constitucional, en su control abstracto, ha declarado la exequibilidad del sistema pensional establecido por la Ley 100 del 93, con sus principios rectores de universalidad, sostenibilidad financiera, solidaridad y eficiencia, así como las reformas posteriores, la Ley 797, la Ley 860 y el Acto Legislativo 1 del 2005. En ejercicio de ese control de constitucionalidad, la Corte ha respetado el principio de separación de poderes y reconocido que es el legislador quien válidamente puede definir el modelo pensional, su ámbito de protección, su modelo de financiación y sus requisitos de acceso. Sin embargo, en su jurisprudencia de tutela la historia es un poquito diferente, y permítanme darles algunos ejemplos.

Por ejemplo, la Corte ha creado prestaciones nuevas y ha llenado vacíos absolutos de protección en eventos en los cuales ella misma reconoce que solo lo puede hacer el legislador. Así, la Corte ha incluido beneficiarios de pensiones de sobrevivencia no considerados por el legislador y que modifican el orden sucesoral.

En la jurisprudencia de tutela, la Corte también ha alterado los procedimientos ordinarios existentes para garantizar los derechos de todos en condiciones de igualdad. Por ejemplo, para la calificación de invalidez, una persona no acudió a los procedimientos definidos por el legislador, sino que utilizó reiteradamente la tutela para ser calificado por la Junta de Calificación de Invalidez, y logró por esa vía que lo calificaran siete años después. Si hubiese utilizado el procedimiento ordinario, le hubiese tomado solo cuatro meses obtener esa calificación. En su jurisprudencia de tutela, la Corte ha permitido también que, sin justificación, muchas personas se salten la cola para que se les reconozcan prestaciones mucho

antes de quienes han acudido al proceso ordinario. En este sentido, la Corte ha olvidado que, en materia pensional, todos los sujetos son sujetos protegidos por la Constitución: adultos mayores, personas en condición de invalidez, niños o mujeres cabeza de hogar, que pueden estar en la misma o mayor condición de vulnerabilidad de quien acude a la tutela.

La Corte también ha modificado el ordenamiento legal cuando ha asignado al Sistema General de Pensiones obligaciones que el legislador aún no ha creado. Por ejemplo, ordenó el pago indefinido de un subsidio por concepto favorable de rehabilitación a una persona que ya ha había sido calificada no como inválida, sino con una pérdida parcial de capacidad laboral inferior al 40%, a pesar de que nuestro ordenamiento creó esa prestación para que quienes tenían la posibilidad de recuperar su salud tuvieran un ingreso temporal. Al ordenar el pago indefinido del subsidio a quien no tenía derecho legalmente, la Corte asignó al sistema pensional una prestación económica que no tenía fuente de financiación.

También ha exonerado de sus obligaciones a quienes el legislador había asignado obligaciones claras. En el caso de un empleador moroso, en la providencia estructural de Colpensiones, exoneró al empleador y ordenó a Colpensiones a pagar la pensión, a pesar de que en materia laboral el empleador moroso está obligado a asumir el pago de esas prestaciones, no solo el pago de los aportes. Con este tipo de órdenes, se estimuló la evasión y el abuso del derecho.

La Corte ha modificado las reglas de la subsidiaridad de la tutela solo por estar presente un sujeto de especial protección constitucional, olvidando que en el sistema pensional todos los sujetos son sujetos de especial protección constitucional. Es cierto que los sujetos protegidos por el sistema pensional son vulnerables, pero no todos ellos tienen un mejor derecho para que se los exonere de acudir a la vía ordinaria o de cumplir los requisitos legales de acceso a las prestaciones. Por vía de tutela, la Corte ha permitido que la tutela sea la primera y única opción, y con ello se ha facilitado el abuso del derecho, se ha alterado el orden de atención a personas igualmente vulnerables, se ha reducido el estándar probatorio y se ha presumido la no idoneidad del procedimiento ordinario.

Como consecuencia de esta protección exacerbada, caso a caso, la Corte ha ignorado también el contexto general de los regímenes pensionales, la complejidad que subyace a su operación y ha permitido el abuso de la tutela, cuando existe un procedimiento adecuado o existen otros sujetos más necesitados o urgidos de protección que quien acude a la tutela. Al forzar la protección en el caso concreto, ha dado prevalencia al interés particular sobre el interés general, y de pronto ha ignorado otros principios que consagra el artículo 48 de la Constitución y el Acto Legislativo 1 del 2005, como el principio de sostenibilidad financiera.

Como consecuencia de lo anterior, las decisiones de tutela que han ampliado de manera desordenada la protección que ofrece el sistema pensional han afectado su sostenibilidad financiera y debilitado la protección que este ofrece a quienes sí cumplen los requisitos legales. Al arriesgar la viabilidad financiera del sistema pensional con cargas que el legislador no ha considerado, las decisiones judiciales también han debilitado la protección de los derechos de quienes sí han sido cobijados por el sistema pensional.

Como conclusión

Ya para concluir, permítanme reiterar lo siguiente: en Colombia tenemos un ordenamiento legal en seguridad social de pensiones que ha funcionado relativamente bien para los trabajadores formales. El problema, como ya dije, es que tenemos un universo inmenso de trabajadores informales, o lo que yo llamo cuasiformales, que no han sido protegidos todavía por el legislador y que ni ellos ni el Estado contribuyen a la financiación del sistema pensional.

Como está diseñado el sistema, la pensión de invalidez, que funciona como un seguro convencional, solo protege a los trabajadores formales y por lo tanto exige unas condiciones para el reconocimiento del beneficio, entre ellas un mínimo de semanas de cotización, para que ese seguro sea sostenible con el tiempo. Se hace urgente que el legislador llene los vacíos existentes en el ordenamiento legal para cubrir con beneficios de la seguridad social a aquellos trabajadores que, por discapacidad desde el nacimiento o por condiciones de informalidad laboral, no se ajustan al actual diseño.

También se hace urgente reformar o reforzar las jurisdicciones ordinarias para reducir y eliminar la congestión y para evitar el beneficio de otorgamiento a personas que no los necesitan, atentando contra el principio de la solidaridad. La Corte requiere un respaldo técnico y pericial, como se sugería en el documento guía de este panel, para resolver controversias pensionales, como la calificación de invalidez de los ciudadanos.

Con el mayor respeto, permítanme afirmar que la Corte Constitucional tampoco tiene la capacidad, a partir de casos concretos, para sopesar todos los elementos económicos de las problemáticas estructurales que afectan a un sistema pensional, ni le es posible, desde su papel como juez constitucional, plantear una solución de política pública que sea integral y viable.

A nuestro modo de ver, la Corte Constitucional no debería proferir sentencias estructurales en temas como, por ejemplo, la extralongevidad, o la informalidad laboral. La sentencia de Colpensiones, que yo creo que fue muy buena, se centró fundamentalmente en un tema administrativo

menor, comparado con estos otros temas que afectan al sistema pensional. La Corte debería pedirle al legislador que complete ese ordenamiento legal para cumplir un universo de contingencias que hoy no están cobijadas y al hacerlo estaría enfatizando, una vez más, como dice la Constitución, que la seguridad social es un derecho de carácter progresivo.

Finalmente, yo creo que entre todos tenemos que hacer un esfuerzo muy grande para que la opinión pública entienda esos grandes determinantes de la seguridad social, como la informalidad laboral, pero también otro tema muy importante que aquí no hemos discutido es el tema de la transición demográfica, por los alcances dramáticos que está teniendo y que tendrá en los años futuros el envejecimiento de la población.

Muchas gracias.

Impacto de las decisiones judiciales en seguridad social en el sistema pensional

CÉSAR ATTILIO FERRARI QUINE*

Buenos días. Muchas gracias por la invitación a participar a este importante evento de la Corte Constitucional. Lamento mi inasistencia por razones que son de público conocimiento, derivadas de la huelga de pilotos. Espero compensarlos, en todo caso, con este video.

Quiero referirme a este tema de las pensiones comenzando con explicar que son dos sistemas los que el legislador acabó creando en el año de 1993. El primero, que existía anteriormente, el de prima media, y el segundo, el de capitalización individual. En el caso de la prima media, los que entraban al sistema financiaban a los que iban saliendo de él, y de alguna manera se mantenía más o menos el equilibrio. Lamentablemente, se le acusó de una serie de ineficiencias, una serie de corrupciones, esto pasó también en toda América Latina, y eso dio pie a crear el segundo sistema, de capitalización individual. En este sistema, cada persona que aporta para su pensión lo hace a una cuenta individual, y a lo largo de los años va acumulando un capital, y cuando cumple las condiciones específicas para poder pensionarse en términos de años, de aportes y de edad, puede

* Ingeniero civil de la Universidad Católica del Perú, magíster en Economía del Desarrollo de la Universidad de Boston y en Planeamiento Urbano de la Universidad de Nueva York, y doctor en Economía de la Universidad de Boston. Ha participado como especialista en varios proyectos del Fondo Monetario Internacional, del Banco Interamericano de Desarrollo y del Instituto para la Integración Latinoamericana y actualmente es profesor titular de la Pontificia Universidad Javeriana.

pensionarse usufructuando los intereses del fondo de capital que ha venido constituyendo a lo largo del tiempo.

Hay varios problemas en el sistema, y son más o menos notorios, con respecto al sistema de prima media, pues es apenas evidente que si nadie o muy pocos entran y casi todos comienzan a salir, pues no hay forma de financiar a los que van saliendo y adquiriendo su pensión, que es más o menos cercana en valor a los últimos salarios promedio que recibía durante su época laboral, y eso ciertamente ha dado lugar a lo que se conoce como el costo fiscal, que son varios millones de pesos, pues pareciera que hubiera sido creado el sistema para que eso ocurriera así, de otra manera no se explica cómo consiguió seguir sobreviviendo un sistema en el cual casi nadie aporta y todos se pensionan; ese es un problema serio.

El problema de capitalización individual en que está la mayoría de los ciudadanos colombianos resulta de la forma en que se viene dando esa capitalización hasta ahora y por el tiempo en que se ha iniciado; hasta ahora el número de pensionados es muy reducido, porque no han cumplido la edad o no han cumplido los periodos de cotización, pero algunos ya se están pensionando, y lo que todo el mundo está apreciando es que la pensión que están recibiendo es muy inferior, en algunos casos en un tercio de sus últimos salarios, lo cual realmente se considera una cuestión insoportable, porque, la verdad, es muy difícil pensar que uno puede reducir su nivel de ingreso, y por lo tanto su estándar de vida, a una tercera parte casi inmediatamente después de dejar de recibir ingresos laborales; eso es un problema.

Por ahora, el sistema de capitalización individual no tiene un costo fiscal, porque el número de pensionados bajo este sistema aún es muy reducido, pero más adelante lo va a tener probablemente, o diría que casi con seguridad, porque lo que va a suceder es que cuando comiencen realmente a pensionarse masivamente y el monto de la pensión que reciben de sus fondos individuales de capitalización sea muy reducido, y como la ley les garantiza que por lo menos se acerquen a un salario mínimo, lo que va a aparecer casi irremediablemente es una necesidad de compensar esto desde el propio Estado, según lo dice la propia ley.

Por lo tanto, lo que ha de aparecer, tarde o temprano, es un costo social en este sistema de capitalización individual. Pareciera que la solución es una sin salida, pues el primer sistema irremediablemente tiene un costo fiscal y el segundo produce una capitalización tan reducida que acaba generando pensiones muy reducidas y más adelante acabará generando también un costo fiscal. Pues uno tendría que pensar en renovar todo el sistema, pero tal vez lo más inmediato que se podría hacer es comenzar a condicionar los gastos que cobran las empresas que son responsables del manejo de los fondos individuales, no como lo están haciendo ahora, que

esos gastos actualmente son una proporción de los aportes de las personas que van capitalizando sus recursos en sus fondos individuales.

Entonces, la economía de mercado supone que los rendimientos que uno tiene por su actividad debieran estar relacionados con la eficiencia del manejo de esos fondos. Lo que quiero decir con eso es que, en lugar de que las empresas responsables de administrar los fondos de pensiones cobren sobre los montos aportados, deberían hacerlo sobre una proporción de los rendimientos que ellas mismas producen con los fondos que administran. Eso tal vez sería un paso importante, porque se reducirían significativamente cuando ellos hicieran una gestión ineficiente, y por lo tanto los rendimientos serían reducidos también y se reduciría lo que le cobran a los aportantes, y por lo tanto el capital de los aportantes crecería más rápidamente; tal vez de esa manera podría elevarse el fondo individual de cada uno. Ahora, ciertamente hay que pensar en el largo plazo, y tal vez es muy probable, y de hecho algunos países lo han realizado ya, como es el caso de Argentina y Chile, donde también se está en discusión para volver al sistema antiguo, el sistema donde los que entraban financiaban a los que salían, en un claro gesto de solidaridad intergeneracional. Eso ahorraría los problemas de este costo fiscal que se tienen en este momento, seguramente requeriría una mejor gobernanza de la organización o institución parafiscal, para evitar los problemas que se tuvieron con anterioridad. Algo más podría decirse; ese algo más tiene que ver con la finalidad con que se crearon los fondos individuales: como a estas alturas se trata de recursos sumamente grandes, sumamente importantes, se supone que con ellos podrían crecer las bolsas de valores y los mercados de capitales en nuestros países.

El hecho concreto es que esos recursos terminaron financiando mayoritariamente al fisco, como lo hacían anteriormente cuando los recursos estaban en manos de la seguridad social. Lo que también es cierto es que, a pesar de la creación de este sistema de capitalización individual y de estos fondos tan grandes, los mercados de capitales en nuestros países, y Colombia uno de ellos, no han avanzado significativamente, de hecho, siguen siendo una proporción muy reducida al PIB, por lo tanto, no se ha cumplido una de las razones por las cuales se creó este tipo de organización de las pensiones.

Muchas gracias por su atención.

FENÓMENO DISCRIMINATORIO: GÉNERO Y DISCAPACIDAD

Estudios de eficacia e impacto de las decisiones judiciales en género

JAQUELINE L'HOIST TAPIA*

Buen día a todas y a todos. Reciban un saludo desde la Ciudad de México. Como ustedes saben, en estos días tuvimos un terremoto, uno de los más grandes que ha recibido esta Ciudad de México, lo cual me impide estar ahí, pero agradezco mucho a quienes nos invitaron y agradezco mucho, sobre todo, la gentileza de poder por este medio conversar con ustedes, así que, si me lo permiten, damos inicio.

El tribunal constitucional colombiano ha sido ejemplo para la región en la resolución de casos emblemáticos con criterios imperativos, novedosos, congruentes con el corpus jurídico internacional en materia de derechos humanos. En esta presentación, abordaré algunos de esos criterios, que resultan muy significativos para el Copred, el Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación, quienes somos un organismo no jurisdiccional, que nos focalizamos precisamente en temas de trato igualitario y no discriminación. En un segundo momento abordaré una resolución del 2008, pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia de México, en un amparo civil, que fue el 6-2008, que para nosotros, acá, fue muy significativo, porque estaba relacionado precisamente con la rectificación de actas

* Licenciada en Seguridad Pública de la Universidad Abierta y a Distancia de México y especialista en Recaudación de Fondos del Indiana University Center on Philantropy. Igualmente, ha realizado, entre otros, estudios de Teología de la Liberación y en Derechos Humanos. Es la presidenta del Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México (Copred) y se ha desempeñado como defensora de derechos humanos. En 2014 fue galardonada con el Premio de Derechos Humanos René Cassin.

de cambios de identidad de género. Algunas de las resoluciones relevantes en materia de no discriminación han versado sobre temas comunes pero innovadores.[1] Sumando a los casos enlistados anteriormente, quisiera señalar dos mucho más focalizados, que son aquellos que el tribunal constitucional colombiano ha resuelto, y que para nosotros, para el Copred, nos resulta muy interesantes, precisamente por estar vinculado con los grupos de la atención prioritaria que damos. Uno es el de los recicladores, una sentencia que contiene interpretaciones muy importantes sobre el derecho a la igualdad, el alcance de estos derechos frente a grupos tradicionalmente discriminados o marginados y el fenómeno de la discriminación directa o indirecta a estos grupos. La sentencia relativa al derecho al trabajo de las personas que se dedican a reciclar, frente a una restricción a su labor por las disposiciones administrativas, que terminaron en privilegios privatizadores del servicio de reciclaje; y la segunda que quiero resaltar es precisamente aquella que tiene que ver con las personas sordas, con esta obligación de hacer inclusivo el sistema educativo para que una persona sorda pueda acceder a una institución normal superior, como fue el caso de esta resolución en el tema de lenguaje de señas.

¿Por qué son relevantes estos criterios del tribunal para un órgano no jurisdiccional como lo es el Copred? Lo primero que les quisiera decir es que el Copred cuenta por mandato legal con la posibilidad de incidencia en el poder ejecutivo y legislativo y, en diferente medida, en la jurisdicción local. Los dos primeros a través de un diseño directo de implementación de política pública y de análisis legislativo, respectivamente. El tercero, por colaboración a partir de la emisión de opiniones jurídicas, que tenemos la atribución de hacer, y que apoyan a la autoridad judicial en casos muy específicos, como, por ejemplo, en el levantamiento de actas para el reconocimiento, o lo que también se llama la concordancia sexogenérica, de aquellas personas que tienen menos de dieciocho de años (en la Ciudad de México, a esta edad las personas ya pueden realizar estos trámites de manera individual). En segundo lugar, por esta recopilación de derecho comparado, para nutrir nuestras opciones jurídicas, y que estén vinculadas al derecho legislativo, y en mayor medida con motivo de la atención muy directa de casos, pues estas opiniones se refieren a los modelos más progresistas de resolución de casos.

Una solución que pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue con relación al amparo 6-2008, como ustedes verán en sus láminas, que

---

[1] Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-288/03 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-131/06 (M. P. Alberto Beltrán Sierra), T-568/98 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-884/06 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-610/02 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), T-030/17 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-447/05 (M. P. Álvaro Tafur Galvis).

se refería precisamente a un cambio de identidad de género. Esta postura se fijó en nuestro país. Les platico: fue una persona que demandó por la vía ordinaria civil en la Ciudad de México, el caso se centraba principalmente en que querían anotar sobre su acta de nacimiento las modificaciones, es decir, no querían hacer el resguardo de su acta primigenia, sino, sobre el acta, hacer estos cambios. Si bien el juez de Ciudad de México ordenó en su resolución que el registro civil de la Ciudad de México rectificara el acta de nacimiento en cuestión y asentara mediante una anotación marginal un nuevo nombre para la persona, no autorizó el resguardo del acta primigenia, por lo que se revelaría el procedimiento del cambio de identidad de género, es decir, el ciudadano no podría mantener la reserva. Frente a la negativa, la persona solicitó, ante la autoridad judicial local, una aclaración, a lo cual se dio respuesta semejante. Con estas declaraciones, el actor, inconforme, promovió un juicio de amparo directo ante el Tribunal Colegiado del Circuito; en su demanda de amparo la persona argumentó con muchísima claridad que tal método de anotación marginal resultaba profundamente violatorio de sus derechos fundamentales de igualdad, no discriminación y sobre todo de privacidad, ya que, iba a ser evidente para quien conociera su acta de nacimiento los cambios que se habían realizado.

Lo interesante es que, mientras se estaba dando esta discusión en la Suprema Corte, en contra de este juez que sí quería anotar en el acta de nacimiento los cambios y no resguardarla, como pedía el peticionario, el Gobierno de la Ciudad de México, en el 2008, advirtió lo que estaba sucediendo. Y no esperamos a la resolución de la Suprema Corte, sino que advertimos que el juez en el registro civil estaba en una falta discriminatoria, porque iba a ser evidente este cambio y este reconocimiento de asignación de género, e inmediatamente lo que hicimos fue que se renovara y se reformara el documento de registro civil, de modo que dejó de ser un proceso legal para convertirse en un proceso administrativo, que se hace por ventanilla, y que en 24 horas, sin ningún otro trámite, ni de salud, más que con tu comprobante de domicilio y de identidad, lo puedes hacer, y se resguarda el acta primigenia. Esto fue muy importante para la Ciudad de México y, por supuesto, para las organizaciones de la sociedad civil.

Posteriormente, la Suprema Corte salió diciendo y apoyando esto que ya el Gobierno de la ciudad había ratificado. Para nosotros fue muy importante, porque fuimos la primera entidad federativa en dar el reconocimiento de identidad de género, en resguardar el acta inicial y que los datos quedaran reservados para la ciudadanía. Desafortunadamente no se hace así en todas las entidades federativas del país, pero ahí está la resolución. Entonces, la sentencia de la Suprema Corte determinó que las personas tienen derecho a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida y la manera en que lograrán las metas y los objetivos que les son

relevantes. De ahí, el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

A manera de conclusión, analizamos los dos casos de la suprema corte de Colombia, el de recicladores y el de personas sordas. Como lo resolvieron y como se identificaron el hecho y la conducta discriminatoria, nosotros les compartimos este de las personas transgénero, y cómo pudimos reservar su derecho a la privacidad y además hacer estos cambios. Lo que quiero plantear, en conclusión, es que indiscutiblemente cuando hablamos de estos cambios, que nos hacen mirar de manera diferente la relación entre el acceso a la justicia, a los derechos humanos y la ciudadanía, lo logramos gracias a las organizaciones de la sociedad civil; el papel que ellas cumplen es fundamental, la incidencia que tienen nos permite como gobiernos repensarnos, y como gobiernos reconocer todas estas acciones que debemos hacer para la garantía del derecho, para la no discriminación y para el trato igualitario. Este fue el caso de la Ciudad de México, al corregir el procedimiento administrativo durante precisamente la resolución del caso, sin esperar la sentencia, para atender de manera inmediata a la ciudadanía. La labor de un organismo no jurisdiccional como el Copred contribuye tanto para alentar a la ciudadanía a que actúe ante tales mecanismos institucionales como a actuar por cuenta propia, a través de la incidencia o en el ejercicio de atribuciones directas en atención de los casos que llevamos.

Sin duda, los criterios interpretativos de cortes internacionales, como la colombiana, nos parece que enriquecen profundamente y que marcan pauta en el desarrollo jurisdiccional y no jurisdiccional de la región. Espero que este comparativo entre lo que ustedes hicieron y lo que hicimos en la Ciudad de México, en uno de los tantos casos que hemos atendido, les sirva de ejemplo de cómo está en nuestras manos hacer una sociedad mucho más armoniosa, porque, como decimos aquí, en Ciudad de México, cabemos todos y cabemos todas, sin discriminación y con trato igualitario. Muchas gracias por poder compartir con ustedes esta experiencia, que tengan un excelente seguimiento en las actividades que aún restan.

Muchas gracias.

El aporte de la jurisprudencia constitucional en el avance a la igualdad

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO*

Buenas tardes. Solamente tengo para ustedes agradecimiento. Para mis compañeros de la Corte, muchas gracias por permitir que este encuentro sea en mi casa, también para el despacho y todo el equipo de trabajo, incluyendo al doctor Luis Guillermo Guerrero, quienes seguramente hicieron de Pasto su segundo hogar en los últimos seis meses. A ustedes, que vinieron hoy, muchos desde afuera y otros desde sus casas, pero que vinieron a acompañarnos un viernes en la tarde, con esas ganas de seguir contribuyendo para un país mejor, sobre todo en un tema tan sensible para nuestra sociedad, el fenómeno de la discriminación.

Introducción

Una observación, incluso no muy detenida, de la Constitución política de 1886 permite establecer fácilmente que, en 1991, Colombia se sometió a un cambio de paradigma trascendental en su historia social, política, económica y jurídica, entre otras. Este paradigma se puede rastrear desde

* Magistrada de la Corte Constitucional desde el 3 de julio de 2014. Es abogada de la Universidad Externado de Colombia, con especialización en Derecho Constitucional de la Universidad de los Andes y magíster en Derecho Público de la Universidad Externado. Ejerció la Presidencia de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial en 2018. Cuenta con más de veintisiete años de experiencia profesional, veinte de ellos en la rama judicial, como auxiliar judicial, abogada sustanciadora y de tutela, magistrada auxiliar de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura; además ha sido conjuez del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y asesora del fiscal general de la nación.

diversos puntos de vista, así, por ejemplo, la Constitución de 1991 es llamada la "constitución de los derechos", la "constitución ecológica", la "constitución normativa", la "constitución humanista", entre muchas otras acepciones.

Dentro de esos drásticos e importantes cambios, se introdujo el concepto de *discriminación* y se desarrollaron diversos ítems, a partir de los cuales el constituyente pretendió hacer frente al fenómeno de la *desigualdad material*, profundamente arraigado en nuestra historia republicana.[1] De manera decidida, la carta de 1991 abre espacio para que las *minorías* y *grupos históricamente discriminados* ejerzan plenamente su ciudadanía y sean acreedores de derechos, en condiciones equiparables a quienes hasta ese momento detentaban una posición dominante.

Así, desde la noción de *igualdad material* y *prohibición de la discriminación*, determinada a partir de su artículo 13, la carta política estableció derechos sustantivos en favor de las mujeres,[2] los grupos étnicos (indígenas, afrodescendientes, rom), la población LGTBI,[3] las personas en condición de discapacidad,[4] las personas de la tercera edad,[5] entre otras.[6] A la par de lo anterior, se creó la Corte Constitucional, como ente para salvaguardar la integridad de tales derechos.

En esta labor, el tribunal constitucional ha contribuido sin lugar a dudas a dar forma y materialidad a este nuevo paradigma jurídico y social que propende por la construcción de una sociedad más igualitaria. En efecto, una muestra clara del cambio de perspectiva se evidencia cuando se verifica que, a pesar de que bajo la vigencia de la Constitución de 1886 se ratificó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[7] y, por ende, este instrumento internacional entró en nuestro sistema de fuentes,[8] esta no fue tomada en serio por las autoridades administrativas, judiciales ni legislativas, sino hasta la

---

1 Así, por ejemplo, en el artículo 2 de la Constitución se establece que es un fin esencial del Estado garantizar la participación de todos y todas en las decisiones que los afecten. En el artículo 5, se indica que el Estado reconoce, *sin discriminación alguna*, la primacía de los derechos inalienables de la persona. Por su parte, el artículo 7 reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación, y el artículo 10 establece como oficiales las lenguas y dialectos de los grupos étnicos en sus territorios, entre otros.

2 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, 6 de julio de 1991, artículo 43 (igualdad y protección de la mujer).

3 Ibíd., artículos 1 (dignidad humana) y 16 (libre desarrollo de la personalidad).

4 Ibíd., artículo 47 (protección a las personas con discapacidad).

5 Ibíd., artículo 46 (derechos de las personas de la tercera edad).

6 Ibíd., artículos 18 (libertad de conciencia), 19 (libertad de cultos) y 20 (libertad de opinión y expresión).

7 Mediante la Ley 51/81.

8 A través de una ley en sentido formal y material.

entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y la creación de la Corte Constitucional.

Por lo dicho, y a partir de este ejemplo, considero que la Constitución de 1991 produjo un cambio estructural, tanto en el sistema jurídico como en la sociedad, que, en términos filosóficos, políticos y jurídicos, parte de la idea de que solamente tendremos una sociedad justa si se materializa y se hace eficaz la igualdad y la equidad. Esta premisa esencial, como veremos, no es tan simple cuando se analiza desde la dinámica del derecho.

Así, en esta intervención me propongo mostrar varios ejemplos de discriminación que, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se han logrado superar.

Impactos y evolución: ¿cómo ha cambiado la protección?

Ahora bien, ¿qué es *igualdad*?, ¿cómo está compuesto ese concepto? En principio, podría parecer que tal idea no cobra relevancia si no está relacionada con otros conceptos; es decir, podría decirse que es un concepto vacío, que no tiene una definición propia o independiente. Tal concepción de la idea de igualdad puede derivarse del estudio de las líneas jurisprudenciales que al respecto pueden extraerse de la producción de la Corte Constitucional, en donde se evidencia que la igualdad siempre está referenciada, esto es, siempre se relaciona con otros derechos y conceptos que la complementan. Sin embargo, su ámbito de protección también puede mostrar contenidos propios que se protegen constitucionalmente, pero sobre todo que irradian a toda la sociedad.

En efecto, a pesar de que en la Constitución de 1991 solo existen siete normas que consagran una expresión directa de la igualdad, esta idea ha logrado permear nuestro ordenamiento jurídico y social. Es así como en la actualidad no estamos ante la presencia del mismo derecho laboral, civil, comercial, penal o administrativo de hace veinticinco años, pues en estos ámbitos se han incluido premisas de igualdad, que han modificado profundamente sus estructuras en clave de inclusión.

Para iniciar esta mirada, es importante presentar algunas cifras: de 24 697 sentencias que ha proferido la Corte Constitucional, 18 458 son de tutela, mientras que las restantes 6 254 fueron proferidas en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad. De todos estos fallos, *el 3 % ha resuelto problemas jurídicos relacionados con situaciones de discriminación*. Así, 682 sentencias trabajaron asuntos de igualdad, y aproximadamente 110 de tales fallos se ocuparon de asuntos exclusivos de derechos de igualdad de las mujeres.

Estas cifras pueden ser vistas desde diversas perspectivas, como numéricas o estadísticas, ámbito en el cual los expertos sugerirán si estos dígitos

son significativos o no. Sin embargo, lo que pretendo develar aquí es el *enorme impacto social que desde la perspectiva del efecto simbólico y real del derecho* estos fallos han producido en la sociedad colombiana.

Para visibilizar ese impacto, se presentan a continuación tres momentos de la jurisprudencia, que no necesariamente están asociados a un orden cronológico, sino que más bien están determinados por la forma en que la jurisprudencia ha tratado de combatir la discriminación. Estos momentos los denominaré: i) etapa fundante o de la fundamentación; ii) etapa de consolidación de conceptos y iii) etapa de expansión.

Primera etapa: fundamentación

En esta primera etapa, en el proceso de constitucionalización de los derechos, la Corte se preocupó por desarrollar la idea de que los artículos 13, 42 y 43 de la Constitución eran normas con fuerza vinculante; es decir, se trataba de afianzar el concepto de que la sola carta tiene las características de una norma jurídica: su aplicación directa y vinculación normativa para todos los sectores del poder público y para la sociedad es obligatoria. Asimismo, se ahondó en la idea de que unos de los principales llamados a revestir tales artículos de obligatoriedad eran los jueces de la República.

Este es el momento en el que la Corte entiende y explica las razones por las cuales ese valor, ese principio y ese derecho subjetivo a la no discriminación, es una norma de obligatorio cumplimiento. Esta es la época en la que la Corte trata de establecer y demostrar que la igualdad no es solamente la igualdad formal, sino que el ámbito sustancial del artículo 13 constitucional incluye la igualdad material, también legalmente protegida.

De este momento se pueden resaltar los casos en que el tribunal emite jurisprudencia para definir conceptos, metodologías y criterios en materia de igualdad, no solamente para proteger su ámbito formal, sino también para *intervenir* y *equiparar*; *para hacer que esa desigualdad sea superada*. Esta primera época define claramente que el derecho a la igualdad implica también una protección *iusfundamental*, reforzada en favor de los grupos históricamente marginados o discriminados; se entiende como "el derecho fundamental de los más débiles".

En efecto, se solucionaron asuntos que a la vista de las nuevas generaciones resultaba "increíble" que siguieran sucediendo en el siglo XXI. En materia de acciones de tutela, pueden identificarse tendencias que marcaron los primeros lineamientos de la Corte.

Tales tendencias fueron importantes en temas, por ejemplo, de *acceso al trabajo por parte de las mujeres* y *superación de estereotipos de género*. En efecto, encontramos la Sentencia T-326 de 1995, que abordó un caso de una ingeniera mecánica que concursó para un cargo público en Ingeominas y

obtuvo el primer lugar. Sin embargo, el nominador eligió otro candidato, pues el cargo era "muy pesado" para una mujer (concedida). De igual forma, la Sentencia T-624 de 1995 permitió la inscripción de una mujer para acceder al puesto de cadete en la Escuela Naval, que le había sido negada por el hecho de ser mujer (concedida). Por último, la Sentencia T-026 de 1996 resolvió un asunto relacionado con un señor que fue retirado de su empleo, en el que estaba a cargo de servicios generales (labores de aseo y mantenimiento), bajo el argumento de que *esa tarea debía ser desarrollada por mujeres*.

Así, se puede ver cómo en esta primera etapa la visibilización de los estereotipos de género y el desestímulo de su utilización en el ámbito laboral, tanto en el sector público y privado, fue y sigue siendo una ardua tarea de la Corte Constitucional y de los jueces de la república.

De otra parte, es claro también que la jurisprudencia de los primeros años de la Corte Constitucional fue prolija en la depuración de leyes que mantenían concepciones que denigraban a las mujeres, también a través de control abstracto. Así, por ejemplo, podemos encontrar pronunciamientos como la Sentencia C-622 de 1997, que declaró la inexequibilidad de la prohibición del trabajo nocturno para mujeres; la Sentencia C-379 de 1998, que abolió la norma que establecía la administración de los bienes de las mujeres casadas en cabeza de su esposo, y la Sentencia C-082 de 1999, mediante la cual se declaró inconstitucional la causal de nulidad del matrimonio "contraído por mujer adúltera y su cómplice".

En la mayoría de estos pronunciamientos, se impulsó la obligatoriedad y se dio eficacia a la cláusula de igualdad, establecida tanto en el artículo 13 como en el 43 superior, y se declaró que tales normas eran discriminatorias por "razón del sexo".

Siguiendo esta línea, se pueden revisar sentencias posteriores, entre las cuales se resalta la Sentencia C-1440 de 2000, que declaró inexequible una norma que impedía a la mujer casarse en *segundas nupcias* si estaba en embarazo o si lo hacía durante los 270 días después de que el primer matrimonio fuera declarado nulo. Esta sentencia fue ampliamente reiterada a través de fallos de control concreto, tales como las sentencias T-679 de 2006, T-693 de 2009 y T-309 de 2015. En el 2010 se declaró la inexequibilidad de una norma en la que se establecía una prohibición absoluta para la mujer en estado de embarazo, viuda o soltera de acceder a la pensión de su compañero o cónyuge.

En suma, la Corte, en esta primera etapa, buscó combatir o fijar reglas de juego para identificar y luego eliminar prejuicios y estereotipos de género.

Segunda etapa: consolidación

El segundo es un momento de consolidación, pues la jurisprudencia y las acciones judiciales, incluso a través de conceptos inicialmente elaborados, materializan cada vez más la efectividad de los derechos y las garantías derivadas de la igualdad. Esta etapa se caracteriza por el afianzamiento de líneas jurisprudenciales claras y definidas.

Así, a través del tiempo, los pronunciamientos en tutela ahondaron mucho más en la protección de la mujer en diversos ámbitos, como la *educación*, a través de la protección de la mujeres que eran expulsadas de instituciones académicas por quedar en embarazo, pues con estas decisiones no se respetaba su derecho al libre desarrollo de la personalidad y se les imponía un determinado rol social.[9]

Se protege, no solo la *dimensión negativa* del derecho a la no discriminación (acciones en las que el Estado se abstiene de efectuar o promover acciones que generen condiciones de desequilibrio entre los y las ciudadanas), sino también su *dimensión positiva* (oficiosidad en la equiparación de condiciones). Así, se propende porque el Estado intervenga y fije acciones afirmativas, o *medidas de discriminación positiva*, las cuales, como todas las medidas de desigualdad hoy en día, son altamente criticadas, por lo cual su validez constitucional sigue en evaluación.

Un ejemplo, es la Sentencia C-371 de 2000, que estudió las *cuotas de las mujeres para el acceso a los cargos de decisión*. En esta época, la Corte analizó el concepto de igualdad desde la discriminación directa, pero desde una perspectiva más amplia, en que se puede también identificar estereotipos más elaborados y, por ende, más difíciles de visibilizar.

En efecto, en esta etapa, puede decirse que a nivel de la interpretación se han superado los debates en relación con la *discriminación general, abierta y ampliamente aceptada*, en la que, por ejemplo, no se le permitía a la mujer ocupar un determinado cargo por ser mujer, pues ya estaba identificada y superada al dejar de ser una fuente de discordia entre los diferentes operadores jurídicos. Evidentemente, estas líneas se consolidaron de manera tal que generaron dos efectos: i) uno *positivo*, que fue la interiorización en el imaginario jurídico y social colombiano de que la discriminación por razón del sexo estaba prohibida y era necesario combatirla; y ii) uno *adverso*, que fue el perfeccionamiento de las formas de discriminación por razón del sexo, pues las situaciones sociales empezaron a ocultar posibles fenómenos discriminatorios.

---

[9] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-292/94 (M. P. Fabio Morón Díaz), Sentencia T-393/97 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), Sentencia T-1531/00 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), Sentencia T-918/05 (M. P. Jaime Córdoba Triviño) y Sentencia T-348/07 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

Así, por ejemplo, la situación en la que se retiró del empleo a una mujer que se dedicaba a hacer *striptease* en un bar. Fue despedida porque se encontraba en embarazo. A pesar de que fue un despido claramente discriminatorio, el empleador alegaba que en estado de embarazo la mujer no podría ejercer la labor para la que fue contratada, por tanto, el motivo de la desvinculación laboral era producido por la imposibilidad de ejercer la labor contratada.

La Corte también exploró este tipo de fenómenos en otros aspectos del devenir social. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-722 de 2003, un grupo de ciudadanos pidió que se eliminara la publicidad de una campaña de la Presidencia de la República en la cual se utilizaron imágenes de mujeres en vestido de baño para incentivar a los guerrilleros a desmovilizarse. La Corte concedió el amparo porque en esta campaña se ignoraba que en el conflicto también se involucran mujeres, muchas de las cuales son víctimas de violencia de todo tipo, incluso sexual, con lo cual se utilizó a la mujer incluso revictimizándola.

Asimismo, se adoptaron decisiones referentes a los *derechos sexuales y reproductivos de las mujeres*, uno de los impactos más importantes en este punto fue la despenalización del aborto en tres circunstancias. Y a pesar de los grandes retos que ha implicado la real implementación de la interrupción voluntaria del embarazo, la puesta de este derecho en la arena nacional es un gran avance.

En la jurisprudencia también se pueden resaltar todas las tendencias que apuntan a prevenir, proteger y denunciar las violencias contra las mujeres en Colombia. En efecto, el Auto 092 de 2008, entre muchos otros pronunciamientos,[10] visibilizó *el papel de la mujer en el conflicto armado* y estableció la necesidad de ofrecer tratamientos diferenciados a estas como sujetos de especial protección constitucional.

De igual forma, una de las tendencias actuales más marcadas en la jurisprudencia constitucional en materia de protección de los derechos de las mujeres tiene que ver con la necesidad de erradicar los patrones

---

[10] Corte Constitucional de Colombia, Auto de 092/08 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa). Sobre mujeres cabeza de familia y víctimas de la violencia y el desplazamiento, a quienes el Estado se niega a otorgar o prorrogar ayudas humanitarias: véase las sentencias T-473/07 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), T-800/007 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), T-451/08 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-496/08 (M. P. Jaime Córdova Triviño), T-045/10 (M. P. María Victoria Calle Correa). En la Sentencia T-514/10 (M. P. Mauricio González Cuervo), la Asociación de Mujeres Desplazadas solicitaban intervención del Gobierno, pues compraron unas viviendas de interés social con graves deficiencias; fue declarada improcedente. En la Sentencia T-610/11 (M. P. Mauricio González Cuervo), una acción de tutela presentada por asociación de mujeres víctimas del desplazamiento forzado, por medio de la cual piden ayuda gubernamental, fue concedida. Por su parte, la Sentencia T-124/15 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) trataba sobre violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado.

culturales de desigualdad y machismo que, lastimosamente, aún permean a gran parte de las autoridades judiciales y administrativas cuando se enfrentan a situaciones de violencias estructurales contra la mujer. Así, por ejemplo, podemos encontrar las sentencias T-595 de 2013,[11] T-982 de 2012, T-434 de 2014, T-473 de 2014, T-878 de 2014, T-967 de 2014, T-772 de 2015, T-012 de 2016, T-241 de 2016, T-265 de 2016, T-271 de 2016, T-652 de 2016 y T-418 de 2015.[12]

Finalmente como una tendencia que atraviesa los veintiséis años de jurisprudencia, se encuentran todas aquellas sentencias que protegen los derechos pensionales de las mujeres y las referidas a la protección de la maternidad, bien a través de pagos de licencias o de la estabilidad laboral reforzada.

Tercera etapa: expansión

Esta etapa está un poco más dirigida a la protección de los derechos de la población y la comunidad LGTBI. Tanto en el primero como en el segundo momento de la jurisprudencia, la protección de esta comunidad fue aislada.

En efecto, la Corte empezó a proteger casos a partir de situaciones individuales, con una marcada incidencia de proyección y de expansión hacia la comunidad en general, de manera tal que las sentencias o fallos estructurales empezaron a aparecer en el panorama, porque el tribunal constitucional identificó algunas situaciones en las que los fenómenos eran complejos y sistemáticos y, por tanto, requerían soluciones igualmente estructurales, para logar cambios reales en la sociedad.

En este momento de la jurisprudencia, se expande el estudio de los casos desde una visión mucho más compleja de la discriminación. El análisis no se da solamente desde la discriminación directa, sino también a partir del concepto de *discriminación indirecta*, de manera tal que la Corte llama la atención sobre casos en los cuales una norma puede parecer neutral, por ofrecer trato igual a los iguales, pero, en realidad, no lo es, porque sus destinatarios son grupos poblacionales concretos. Por ejemplo, las normas que regulan los protocolos sobre violencia sexual parecerían estar dirigidas a toda la población como tal; sin embargo, la aplicación mayoritaria de estas

---

[11] Una autoridad judicial vulneró los derechos de una mujer desplazada y afrodescendiente, en razón de la imposición de barreras para el acceso a la información. Así, tramitó un proceso penal por acceso carnal violento con incapacidad de resistir y despachó desfavorablemente las peticiones elevadas por la accionante, a través de apoderada judicial, para lograr obtener información del proceso penal, participar en él en condición de víctima y constituirse en parte civil. Ello con el argumento de que el proceso penal era adelantado en contra de un menor de edad y, por esta razón, los derechos de esta prevalecían sobre los de la víctima.

[12] Procedimiento especial para mujeres víctimas de violencia sexual.

se da principalmente para las mujeres, debido a que los índices de este tipo de violencia muestran que son ellas las víctimas principales de este tipo de delitos. Luego, a pesar de la apariencia de neutralidad, la norma tiene un impacto directo en los derechos de las mujeres.

En este punto, la Corte Constitucional también reconoce y fortalece los argumentos dirigidos a visibilizar y combatir la *discriminación intersectorial*: aquellos casos en donde una mujer o persona que hace parte de grupos minoritarios es afectada por el fenómeno de la discriminación a causa de muchos factores, como la raza, el estatus social y el género, entre otros. Todas estas situaciones han sido abordadas por la Corte, con el claro objetivo de generar impacto y de aportar a la construcción de una sociedad más igualitaria, tal y como lo dispone el mandato constitucional.

Retos y realidades

Después de explicar cómo estos tres momentos de la jurisprudencia constitucional han aportado para generar impactos en la vida nacional, considero necesario identificar que el reto sigue vigente, pues en la actualidad aún es necesario recordar a algunos operadores jurídicos que la igualdad es un eje fundamental de nuestra Constitución, y que a partir de ella es posible la construcción de una sociedad más justa. En efecto, este análisis estaría incompleto si no se muestran las cifras que reflejan la realidad nacional:

Violencia: por ejemplo, Medicina Legal, en sus informes sobre violencias de género de los años 2014, 2015 y 2016, muestra que *en Colombia mueren 2,6 mujeres al día, y que sus muertes están asociadas al hecho de ser mujeres*. Asimismo que, a pesar de que el feminicidio se tipificó como delito, entre el año 2016 y 2017, se presentó un incremento del 22 % de casos de feminicidio. También que el 85 % de las mujeres que fallecen son solteras o viven en unión marital de hecho, y que el suceso ocurre con mayor frecuencia los domingos, después de las seis de la tarde, cuando claramente sus parejas han consumido altas dosis de alcohol.

En cuanto a *lesiones personales en contra de mujeres*, fueron reportados por Medicina Legal 134 423 casos en tres años, esto sin contar con todos aquellos casos que no se denuncian; es decir, con la cantidad de cifras negras o no oficiales.

Está diagnosticado y claramente definido que la *violencia sexual en Colombia*, y en general la *violencia contra la mujer*, se da en el *hogar*, siendo este el lugar más peligroso para las mujeres en Colombia.

Desempleo: Colombia también enfrenta problemáticas como el *desempleo de las mujeres*, que en mayo y julio de 2017 estuvo en el 12,4 %, mientras que el de los hombres estuvo en el 6,9 %. Según cifras oficiales, la tasa global de participación de la mujer en el trabajo está en el 23 %,

mientras que la de los hombres está en el 74,6%, lo anterior, a pesar de que en Colombia estudian en colegios y universidades más las mujeres que los hombres. En efecto, los centros de educación primaria, secundaria y universitaria reportan más mujeres que hombres, lo cual no se ve reflejado en los lugares y espacios laborales.

Reflexión final

Algo está pasando; parecería que la jurisprudencia a través del análisis de caso a caso es insuficiente. Parecería que tendríamos que pensar si es necesario, a costa del gran debate sobre competencias de los jueces constitucionales, impulsar o imponer políticas públicas más contundentes. Es claro que los jueces no tienen la responsabilidad constitucional de definir políticas públicas, pero las mujeres siguen gritando y aún siguen sin ser plenamente escuchadas, por eso debemos seguir trabajando. Así, como lo dijo Jaqueline L'Hoist Tapia, yo quiero que en Colombia quepamos todos y todas.

Muchas gracias.

El papel de la jurisprudencia constitucional en la promoción de la temática de género en Latinoamérica. Reflexiones iniciales con énfasis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

MARIE-CHRISTINE FUCHS*
HUMBERTO SIERRA OLIVIERI**

Introducción

Tradicionalmente, en la jurisprudencia constitucional, a la hora de estudiar lo relativo al tema de género y los derechos que están ligados con este concepto, se ha hecho un énfasis en las condiciones de la mujer, su papel en la sociedad y en las distintas problemáticas a las cuales estas están expuestas, como, por ejemplo, la discriminación en el acceso al mercado laboral, el contenido de los derechos prestacionales, la violencia intrafamiliar, la

* Jurista, doctora en Derecho y magíster en Derecho Internacional Público, Derecho de la Unión Europea y Derechos Humanos de la Universidad Saarbrücken (Alemania). Además de su licenciatura en Derecho Alemán es licenciada en Derecho Francés. Actualmente es directora del programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, con sede en Bogotá, y en el ejercicio de su profesión también se ha desempeñado como asociada de la firma Freshfields Bruckhaus Deringer.

** Estudiante de cuarto año de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Monitor del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho desde 2016. Estudiante de intercambio (2016-2017) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia (Alemania).

utilización de lenguaje discriminatorio, lo relativo a las mujeres en situación de discapacidad, la discusión en torno a la interrupción voluntaria del embarazo, entre otras.

En el caso de América Latina, estas problemáticas se relacionan principalmente con la raigambre patriarcal que domina la sociedad.[1] Sin embargo, en los últimos años esta temática ha ido progresivamente expandiéndose e incluyendo en su ámbito de estudio los derechos de otros grupos de personas que también son sujetos de discriminación por cuestiones del sexo o su interpretación del término *género*, en particular, los transexuales, y, en general, las personas cuya identificación de género no corresponde con las expectativas sociales de su entorno cultural.[2]

Es un hecho que las mujeres (sin perder de vista a los transexuales) representan un grupo considerable, incluso podría decirse que mayoritario dentro de la sociedad, el cual, sin embargo, se ha encontrado históricamente no solo en una posición de desigualdad, sino también de desventaja cultural y de discriminación estructural.[3]

Resulta paradójico que en el contexto latinoamericano se enfrenta el intento estatal de garantizar la igualdad material entre hombres y mujeres y de promover la consiguiente erradicación de la discriminación en razón del género[4] con el indiscutible arraigo social de concepciones y estereotipos machistas, los cuales todavía se traducen en la práctica en una férrea

---

1 Véase Alda Facio y Lorena Fries, "Feminismo, género y patriarcado", *Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires* 2, n.º 6 (primavera 2005): 259 y ss.; Laura Pautassi, "Igualdad de derechos y desigualdad de oportunidades: ciudadanía, derechos sociales y género en América Latina", en *Las fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre feminismo y derecho*, editado por Gioconda Herrera (Quito, Flacso-Conamu, Ágora, 2000), 65-90.

2 La distinción entre sexo y género parte de una serie de estudios por los cuales se distingue el concepto de *sexo* como una característica natural o biológica, y el de *género* como una significación cultural, que hace referencia a un conjunto de roles.

3 Al respecto, véase Patricio Solís, *Discriminación estructural y desigualdad social. Con casos ilustrativos para jóvenes indígenas, mujeres y personas con discapacidad* (México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Comisión Económica Para América Latina [Cepal], 2017); Víctor Abramovich, "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso 'Campo Algodonero' en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos 2010*, https://bit.ly/2MlbR9L; Paola Pelletier Quiñones, "La 'discriminación estructural' en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista del Instituto Americano de Derechos Humanos* 60 (2014): 204-215; en donde Pelletier describe la discriminación estructural de la siguiente manera: "Nos referimos a patrones y contextos de violación de derechos humanos en perjuicio de grupos vulnerables por su condición, situación social, económica y cultural, quienes han sido históricamente o contextualmente marginados, excluidos o discriminados sin justificación legal alguna".

4 Esta se manifiesta en la adopción de instrumentos de carácter internacional y regional, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o CETFDCM (en inglés, CEDAW), de 1979, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), de 1994, respectivamente.

asignación de roles, en violencia de distintos tipos en contra de la mujer y en una situación de vulnerabilidad de ellas.[5]

La discusión frente al concepto de género, los derechos que de él se desprenden y la interpretación que haga funcionales otras garantías constitucionales desde una perspectiva de género ha sido un tema que ha causado una fuerte polémica y polarización en la sociedad latinoamericana, y en Colombia no ha sido la excepción.[6]

Dentro de estos procesos de adaptación y de adecuación también debe mencionarse que las distintas confesiones religiosas —como la católica y cada vez más la de las iglesias evangélicas, cuya influencia es considerable en la mayor parte de los países del continente— han desempeñado un papel importante a la hora de canalizar el descontento de los sectores más conservadores de la sociedad, en cuanto al cambio de paradigmas en temas relacionados con el género, y han sido las principales defensoras de la conservación del *statu quo*.[7]

Un ejemplo reciente de lo anterior fue el álgido debate sobre el aborto en Chile. En este país hace solo unos meses el Tribunal Constitucional decidió, con seis votos a favor y cuatro en contra, declarar constitucional

---

5 Al respecto, resulta interesante lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso González y otras ("Campo Algodonero") contra México, en la Sentencia de 16 de noviembre de 2009: "La Corte toma nota de que a pesar de la negación del Estado en cuanto a la existencia de algún tipo de patrón en los motivos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez, este señaló ante el CEDAW que están influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer basada en una concepción errónea de su inferioridad". También cabe destacar lo señalado por México en su Informe de Respuesta al CEDAW, con relación a las acciones concretas realizadas para mejorar la situación de subordinación de la mujer en México y en Ciudad Juárez: "Debe reconocerse que una cultura fuertemente arraigada en estereotipos, cuya piedra angular es el supuesto de la inferioridad de las mujeres, no se cambia de la noche a la mañana. El cambio de patrones culturales es una tarea difícil para cualquier gobierno. Más aún cuando los problemas emergentes de la sociedad moderna: alcoholismo, drogadicción, tráfico de drogas, pandillerismo, turismo sexual, etc., contribuyen a agudizar la discriminación que sufren varios sectores de las sociedades, en particular aquellos que ya se encontraban en una situación de desventaja, como es el caso de las mujeres, los y las niñas, los y las indígenas".

6 Ejemplos de lo anterior se pueden consultar en Julieta Lemaitre, "¿Qué es una ideología de género?", *La Silla Vacía*, 11 de agosto de 2016, https://bit.ly/2SZMmx8; María Fernanda González, "Evangelizadoras de los apóstoles", *El Tiempo*, 11 de noviembre de 2016, https://bit.ly/2DkID7S; "La clara respuesta de los obispos de Paraguay a la ideología de género", 1 de noviembre de 2017, *Aciprensa*, https://bit.ly/2ATqFrJ

7 Véase Susana Ruiz Seisdedos y Petra Bonometti, "Las mujeres en América Latina: indicadores y datos", *Revista Ciencias Sociales* 126-127 (2009-2010): 7; "Ideología de género destruye la sociedad: Iglesia católica", Caracol Radio, 9 de agosto de 2016, https://bit.ly/2aPbsvy; "Iglesia católica: 'El aborto no es la solución para las situaciones dolorosas'", ADN Radio, 21 de agosto de 2017, https://bit.ly/2FKzc3s; "Iglesia rechaza proyecto de Ley de Identidad de Género por 'contravenir la moral evangélica'", *Página Siete*, 23 de diciembre de 2015, https://bit.ly/2CB3ZfG

la ley que lo despenaliza en tres casos excepcionales.[8] Esta sentencia[9] fue acompañada por una fuerte discusión en la sociedad chilena, en la cual un amplio sector conservador criticó fuertemente dicha decisión.[10] Al respecto, no debe olvidarse que el aborto está totalmente prohibido, sin excepciones, en siete países de la región, entre otros El Salvador, Nicaragua y República Dominicana. Se permite solamente para salvar la vida de la mujer en otros ocho. Unos pocos de estos últimos países permiten el aborto en casos de violación (Brasil, México y Panamá) o anormalidad fetal (Panamá y la mitad de los estados de México).[11] En Colombia, la sentencia a partir de la cual, ya hace más de una década, se despenalizó el aborto en ciertas circunstancias particulares,[12] también fue acompañada por una fuerte protesta de ciertos sectores de la sociedad.[13]

Como quiera que las constituciones en América Latina son instrumentos relativamente rígidos y con capacidad reducida para ser ajustadas a los vertiginosos cambios sociales, los tribunales constitucionales se han constituido en instituciones de fundamental importancia para adecuar el marco legal y constitucional a la realidad social de sus países, siendo su principal herramienta para estos fines la interpretación de los derechos fundamentales dentro de las cartas magnas.

En este proceso de adaptación de la realidad constitucional, algunos tribunales, como es el caso de la Corte Constitucional colombiana, generalmente han adoptado una posición con inclinación progresista, en el sentido de acoger con mayor facilidad los argumentos a favor de la reinterpretación de derechos en su jurisprudencia con respecto al tema de género. Mientras que otros, como es el caso del Tribunal Constitucional chileno, en algunas decisiones han adoptado una actitud rígida, menos permeable a las nuevas realidades sociales o a las transformaciones que se derivan de una lectura más garantista de los derechos relacionados con la temática del género.[14]

---

8 En situaciones de peligro para la vida de la mujer, en casos de violación y cuando el feto presente graves malformaciones.

9 Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia de 28 de agosto de 2017, rol n.° 3729-17.

10 "Kast rechaza decisión del TC por aborto: 'El Gobierno impulsó esta ley para ocultar su desastre'". *La Tercera*, 21 de agosto de 2017, https://bit.ly/2AOK8tx

11 Guttmacher Institute, "Aborto en América Latina y el Caribe", marzo de 2018, https://bit.ly/2kuEGTX

12 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06 (M. P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández).

13 Dominique Rodríguez, "Conservadores presentarán 5 millones de firmas para prohibir el aborto", *El Tiempo*, 31 de julio de 2011, https://bit.ly/2RW6LWM

14 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), Unidad Mujer y Desarrollo Corte Nacional Electoral, Área de Educación Ciudadana, "El enfoque de género en el derecho

Tipificación de la jurisprudencia constitucional con respecto al tema de género

En el ámbito latinoamericano, y con base en la jurisprudencia de diferentes tribunales constitucionales del continente, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se pueden identificar tres grupos principales de problemáticas relacionadas con temas de género, en torno a los cuales se han desarrollado la mayor parte de las sentencias y discusiones jurídicas: a) el atinente a la situación de desventaja de las mujeres en todos los sectores de la sociedad y su discriminación por motivos de género; b) lo que respecta a los derechos específicos de la mujer, en cuanto a sus características propias, y c) en torno a la temática de la libre determinación de género, en particular a lo relativo con la transexualidad.

Situación de discriminación y desventaja de la mujer

Respecto del primer punto, es decir, la situación de desventaja de las mujeres y su discriminación en todos los sectores de la sociedad, la jurisprudencia ha prestado particular atención a dos sectores, a saber: la vida familiar y al ámbito laboral.

En la vida familiar, existe una asimetría histórica entre el hombre y la mujer, por ejemplo, con respecto al papel de la mujer de "servir a la familia y al esposo", de manejar el hogar, en los procesos de divorcio y cuando se busca la asignación de la custodia de los hijos. En su jurisprudencia al respecto, los tribunales constitucionales en el continente parten del hecho de que, en las relaciones sociales, hombres y mujeres no se encuentran en la misma posición. En su jurisprudencia de los últimos años, muchos han tratado de reequilibrar las fuerzas en juego y de fortalecer la posición de la mujer, con el objetivo de establecer la igualdad entre hombres y mujeres.[15]

Este propósito vale particularmente en situaciones de violencia intrafamiliar, en la cual las víctimas son preponderantemente mujeres. En estos casos, muchos tribunales constitucionales parten del supuesto en su jurisprudencia de que la situación de las mujeres requiere un tratamiento diferencial, con una perspectiva de género.[16] Por ejemplo, en México,

---

constitucional comparado", Seminario Internacional Reformas Constitucionales y Equidad de Género, Santa Cruz de la Sierra, 21, 22 y 23 de febrero 2005, https://bit.ly/2DnwBuv

15 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-012/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva); Presidencia de la República de Colombia, *Los derechos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana 2005-2009* (Bogotá: Programa Integral contra Violencias de Género, 2011), 60 y ss., https://bit.ly/2W8rsOy

16 Un ejemplo en el contexto mexicano se encuentra en el Amparo Directo en Revisión 3186/2016 de la SCJN, en cuanto "se estima correcta la interpretación constitucional realizada por el tribunal colegiado en cuanto a que en casos de violencia sexual contra la mujer, la declaración

en una decisión de 2005,[17] la Suprema Corte de la Justicia de la Nación (SCJN) cambió su jurisprudencia para las situaciones de violación entre cónyuges, estableciendo su anterior ilicitud, y precisó que el bien jurídico protegido en estos casos es la libertad sexual y no la "pudicia individual" o la "honestidad de la mujer", como lo fue inicialmente.[18]

A este respecto, resulta particularmente ilustrativa la sentencia de la Corte IDH en el caso Atala Riffo y niñas contra Chile, en el cual la justicia chilena había negado la custodia de sus hijos a una jueza chilena por el hecho de ser lesbiana y por no "corresponder" su orientación sexual con las expectativas sociales en cuanto a su rol de madre.[19] Consideró la Corte IDH al respecto que

> exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción "tradicional" sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad.[20]

La Corte IDH demostró que hubo un trato discriminatorio a efectos de la tutela de los niños, basado en un estereotipo preestablecido sobre el rol de la mujer y de la condición de madre y concluyó que el interés superior del menor no puede ser un criterio que sirva para desconocer los derechos de la mujer.

También la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en relación con la obligación de alimentos de los hijos, en la cual se determina que incumbe a ambas partes, y no solo al padre,[21] es una muestra de

---

de la víctima del delito requiere un trato distinto o diferenciado, pues debe realizarse con perspectiva de género, ello a luz del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia consagrado en la Convención de Belém do Pará, siendo que lo procedente es confirmar, en la materia de la revisión, la sentencia recurrida y negar el amparo solicitado".

17 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Decisión Varios 9/2005-PS, solicitud de modificación de jurisprudencia, Primera Sala de la SCJN, Novena Época, 16 de noviembre de 2005.

18 También en la Sentencia T-027/17 (M. P. Aquiles Arrieta Gómez), la Corte Constitucional colombiana establece que "aun cuando las agresiones sean mutuas en la pareja, este no puede ser un motivo suficiente para dejar sin protección a las mujeres", y continúa diciendo que las agresiones "deben verse desde un contexto en el cual las mujeres fueron víctimas de violencia estructural de forma histórica y no están en igualdad de condiciones frente al hombre: el estereotipo de la mujer débil que no se defiende ante la agresión es solo otra forma de discriminación".

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Atala Riffo y niñas contra Chile, Sentencia del 24 de febrero de 2012.

20 Ibíd., punto 140.

21 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-012/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

la búsqueda de una simetría por parte de la justicia constitucional dentro de la estructura familiar.

En lo relativo al ámbito laboral, los tribunales constitucionales han tratado de fortalecer la posición de la mujer, a través de la determinación de cuotas rígidas o flexibles en posiciones de servidores públicos[22] y en las empresas privadas, censurando el acoso y la violencia laboral en contra de las mujeres[23] e intentando promover las reglas de protección especial para las trabajadoras durante el embarazo.[24]

Sin embargo, al respecto cabe mencionar que en algunos casos las sentencias arriba mencionadas han provocado o incentivado cambios legislativos tan garantistas que es discutible si sus efectos han sido los efectivamente pretendidos o han conllevado al mismo tiempo un efecto contraproducente para la posición de la mujer en el ámbito laboral. A manera de ejemplo, puede preguntarse si una extensión excesiva de los tiempos de la licencia de maternidad podría desincentivar a los empleadores a contratar mujeres en edad reproductiva, o si el establecimiento de cuotas rígidas para mujeres, ignorando el criterio de meritocracia y cualificación frente a sus competidores masculinos, podría llegar hasta una discriminación "inversa", en detrimento de los hombres. Cabe precisar que lo anterior es discutible siempre y cuando no se llegue a cuestionar la necesidad de reconocimiento de los derechos de la mujer y su particular situación de desventaja en el interior de la sociedad.

Derechos específicos de las mujeres

Con este segundo grupo se hace referencia a situaciones que están estrechamente relacionadas con características biológicas o fisiológicas de las mujeres, las cuales deben ser analizadas y consecuentemente protegidas de manera específica.

Piénsese, a manera de ejemplo, en derechos como el derecho a la salud, que, en cuanto las mujeres pueden padecer enfermedades relacionadas exclusivamente con su sexo, como el cáncer de seno o de cuello uterino, adquiere un contenido diferente. Lo mismo aplica en lo relacionado a procesos biológicos, fisiológicos y reproductivos, como el embarazo, que son exclusivos del sexo femenino y requieren de una particular sensibilidad a

---

22 La Sentencia C-371/00 de la Corte Constitucional de Colombia (M. P. Carlos Gaviria Díaz) hace un análisis al respecto.

23 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-878/14 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

24 Al respecto, véase las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia SU070/13 (M. P. Alexei Julio Estrada) y T-238/15 (M. P. María Victoria Sáchica Méndez).

la hora de legislar.[25] Además, la interpretación de derechos como el acceso a la justicia o la integridad personal tienen un tinte diferente en materia de violencia sexual, la cual en el contexto latinoamericano también ha estado histórica y estrechamente relacionada con el estereotipo de la mujer en una posición más débil y de inferioridad frente al hombre.[26] Como lo señala la Convención de Belém do Pará, la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es "una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres".

Particularmente, en torno al tema del embarazo se han enmarcado numerosas discusiones, recogidas por la jurisprudencia, como el aborto, el uso de la píldora del día después,[27] la fecundación *in vitro* (FIV) y la libertad del uso de técnicas reproductivas. Al respecto de estas últimas, resulta ilustrativo el análisis de la Corte IDH en el caso Artavia Murillo contra Costa Rica:

> Por otra parte, si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas.[28]

Por lo anterior, cabe preguntarse si es necesaria una relectura de los derechos humanos a partir de las características de los titulares de los derechos, y en este caso si deben interpretarse y adaptarse el contenido

---

25 Un ejemplo reciente (año 2017) e ilustrativo al respecto consiste en el que, en México, se encuentra en el Amparo Directo 50/2015 de la SCJN, en el cual, en un caso de indemnización por negligencia médica, se establece que existe la "necesidad de introducir una perspectiva de género en la reparación del daño".

26 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso González y otras ("Campo Algodonero") contra México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, numeral 401: "En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado […], es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer".

27 Fabiola Miranda Pérez, "La judicialización del caso de la píldora del día después en Chile: las tensiones sobre el rol de la mujer y la cuestión técnica", Simposio n.º 30 Praxis Feministas y Despatriarcalización de la Política, noviembre de 2012, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina, https://bit.ly/2AVtloG

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) contra Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, 299.

de los derechos a partir de las características de las mujeres, en cuanto derechos como la salud,[29] la integridad física e incluso el derecho a la vida pueden tener rasgos diferentes en función de si su titular es un hombre o una mujer.[30]

Además, en ciertos casos concretos relacionados con fenómenos y situaciones de vulnerabilidad resulta aún más evidente la necesidad de analizar si debe haber lugar a una reinterpretación de los derechos humanos en función del género o una interpretación con enfoque de género, como, por ejemplo, en el contexto en el que mujeres se encuentran en situaciones de migración, de detención,[31] están involucradas en conflictos armados[32] o pertenecen a un grupo de origen indígena,[33] afrodescendiente u otro grupo minoritario. Sobre todo en coyunturas en las que se reúnen varias de las circunstancias anteriores, se puede hablar de un especie de "doble vulnerabilidad" o "multivulnerabilidad" en la que se encuentra la mujer.[34] En la teoría feminista, en estos casos de múltiples violaciones o entrecruzamiento de diferentes modalidades de dominación, se ha hablado de *interseccionalidad*.[35]

Libertad para establecer o decidir cuál es la identidad de género

Este tercer grupo de sentencias, relacionadas con el tema de la libre determinación de género, resulta particularmente interesante en el contexto de la jurisprudencia constitucional latinoamericana de los últimos años.

La Corte Constitucional colombiana ha establecido que forma parte de la autonomía personal, y se enmarca dentro del derecho al libre desarrollo

---

29 Véase Laura Pautassi, *Legislación previsional y equidad de género en América Latina* (Santiago de Chile: Cepal, 2002), 11 y ss., https://bit.ly/2RYLaNf, con respecto a la seguridad social.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 4: Género* (s. d.), 35 y ss., https://bit.ly/1IWQvJJ

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Penal Miguel Castro Castro contra Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Masacre de Mapiripán contra Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005; caso Masacres de Río Negro contra Guatemala, Sentencia de 4 de septiembre de 2012; caso Espinoza Gonzáles contra Perú, Sentencia de 20 de noviembre de 2014.

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 2004.

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 4: Género*, *op. cit.*, 35 y ss.

35 Véase Mara Viveros Vigoya, "La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación", *Debate Feminista* 52 (2016): 1-17; Kimberlé Willams Crenshaw, "Mapping the margins: Intersecionality, identity politics and violence against women of color", en *The Public Nature of Private Violence*, editado por Martha Albertson Fineman y Rixanne Mykitiuk (Nueva York: Routledge, 1994), 93-118, https://bit.ly/1nVzBmX

de la personalidad, el derecho a determinar autónomamente el propio género.[36] En relación con lo anterior, es obligación de los sistemas de salud asumir los costos de las operaciones de cambio de sexo como parte del derecho a la salud.[37] En cuanto a la prohibición de discriminación, se encuentran sentencias de la misma Corte en las que se ordena al Ejército Nacional excluir a las mujeres transgénero del servicio militar obligatorio.[38]

Con el mismo enfoque, en el año 2016, el Tribunal Constitucional peruano reconoció el derecho a la propia identidad de género y ordenó que el proceso de rectificación del sexo en los documentos de identidad se realice mediante procedimiento sumario. Lo anterior representa un giro de 180°, puesto que deja sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en sentencia anterior,[39] según la cual el sexo era un elemento "inmutable", y, por lo tanto, no era viable solicitar su modificación en los documentos de identidad.

Diez años antes, la Corte Suprema de la Nación de Argentina resolvió conceder la personería jurídica a la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti-Transexual (Alitt).[40] Negar ese derecho, advirtieron los jueces supremos, sería un acto de discriminación. El fallo implicó un vuelco histórico en la jurisprudencia de esta Corte, que hacía quince años le había negado el reconocimiento a la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), con el argumento de que su objeto social era "contrario al bien común".[41] A nivel regional, esta sentencia podría ser analizada como la "hora de nacimiento" de la interpretación "funcional" del género en la jurisprudencia constitucional latinoamericana, en lo que respecta al reconocimiento de los derechos de los transexuales y transgénero.

---

36 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-063/15 (M. P. María Victoria Calle Correa), Sentencia T-086/14 (M. P. Jorge Pretelt Chaljub) y Sentencia T-622/14 (M. P. Jorge Pretelt Chaljub).

37 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-552/13 (M. P. María Victoria Calle Correa), Sentencia T-918/12 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio) y Sentencia T-876/12 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

38 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-099/15 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

39 Tribunal Constitucional peruano, Sentencia n.º 0139-2013-PA/TC.

40 Corte Suprema de la Nación Argentina, Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Inspección General de Justicia, 22 de noviembre de 2006.

41 Corte Suprema de la Nación Argentina, Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas y recurso de hecho deducido por la actora en la Causa: "Comunidad Homosexual Argentina", para decidir sobre su procedencia, 22 de noviembre de 1991.

Conclusión y análisis final

La discusión arriba planteada nos conduce a unas observaciones finales sobre el impacto real de las sentencias de las cortes constitucionales latinoamericanas, y en particular de la colombiana, en materia de género y con respecto a la posición de la mujer en nuestras sociedades.

En primer lugar, se debe reconocer que en el continente existen importantes manifestaciones de una jurisprudencia garantista en materia de género. Los derechos de la mujer se han ido reconociendo cada vez más. Además, la amplia gama de temáticas tratadas en las sentencias, y demostradas más arriba, muestra la gran magnitud de situaciones que pueden relacionarse con el concepto de género.

Sin embargo, las realidades sociales de discriminación histórica, pobreza y exclusión son condiciones que hasta el día de hoy han impedido el pleno reconocimiento de los derechos de las mujeres y su realización en la práctica. En consecuencia, al igual que en materia de derechos sociales, en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales del continente con respecto a temas de género se puede identificar una discrepancia entre la teoría y la jurisprudencia, por un lado, y la realidad social de los países, por el otro. La divulgación de la jurisprudencia garantista se ve frenada por el efecto *inter partes* que es usual en las sentencias judiciales. La posibilidad de utilizar la figura de las sentencias estructurales aparece como una posibilidad alentadora para dar un efecto tangible a las sentencias, pero, aparte de ser discutible desde un punto de vista de la separación de poderes, aún tiene un desarrollo incipiente en nuestros países, y si se considera el grado de ejecución que alcanzan dichas sentencias, no suele ser particularmente alto.

En segundo lugar, en materia de género por lo general han sido insuficientes las reformas y políticas públicas para modificar radicalmente la realidad de exclusión y marginación de mujeres y transexuales y para garantizar de manera efectiva sus derechos. En respuesta a esta "parálización política" de los órganos legislativos, en muchos casos se ha tratado de establecer la igualdad entre los géneros por medio de la "judicialización" de este derecho, usando la fuerza vinculante de las sentencias de las más altas cortes.[42]

---

[42] Sonia Montaño y Verónica Arana, *Reformas constitucionales y equidad de género. Informe final Seminario Internacional, Santa Cruz de la Sierra, 21, 22 y 23 de febrero de 2005* (Santiago de Chile: Naciones Unidas y Cepal, 2006), https://bit.ly/2R21PLu; Diana Marcela Bustamante Arango, "El proceso de adaptación judicial hacia el posconflicto: decisiones constitucionales con enfoque en género", *Opinión Jurídica* 14, n.° 27 (2005): 19-36, https://bit.ly/2RHsqmc; Pérez, "La judicialización del caso de la píldora del día después en Chile...", *op. cit.*

Estos procesos suponen que el reconocimiento creciente de aquellos derechos en los fallos de los tribunales constitucionales puede influir "desde arriba" en el orden familiar, social, económico y laboral de nuestras sociedades, con lo que se espera que se establezca un deber de protección por parte del Estado y/o se interprete una orden constitucional al poder legislativo de introducir mecanismos de control.

Cabe preguntarse si en un continente caracterizado por valores tradicionales con respecto a las asignaciones relacionadas con los temas de género, la moral de la mayoría de la sociedad coincide con las posiciones progresistas de sus altas cortes o si deberían coincidir. En este contexto se plantea la recurrente reflexión sobre si las cortes constitucionales son los órganos idóneos para promover cambios con respecto al tema de género. Sin embargo, no se debe perder de vista que el proceso de evolución "espontáneo", sobre todo a nivel político, es incierto. Esto se debe a la cada vez mayor presión de diferentes sectores de la sociedad, la cual ha derivado en algunos casos en la formación de colectivos radicales que critican fuertemente gran parte de los reconocimientos planteados en los párrafos anteriores, agrupándolos dentro del concepto de "ideología de género".

Nos deja muchos interrogantes el tema estudiado en las páginas precedentes y las reacciones sociales al respecto: ¿es el papel de los tribunales constitucionales otorgar a sus ciudadanos visiones más modernas en la interpretación de los derechos humanos, interpretaciones para las cuales tal vez una gran parte de la sociedad todavía no esté preparada? ¿Se debe esperar hasta que la sociedad les reclame este cambio? ¿Depende de la voluntad política del primer y segundo poder que la igualdad entre hombres y mujeres no quede en una consigna que buscan aplicar "desesperadamente" unos jueces constitucionales progresistas? ¿O tienen estas sentencias una fuerza moral vinculante o un efecto *erga omnes*, que hace cumplir a los políticos, al empresario y, en últimas, a la sociedad en su totalidad?

Mucho dependerá de una jurisprudencia constitucional racional y creíble y de un análisis realista de las circunstancias específicas y del contexto en nuestra región. Independientemente de cualquier discusión, los tribunales se encuentran ante la difícil tarea de sistematizar los casos en materia de género y de priorizar los que verdaderamente logren tener un impacto en el "día a día" de nuestras sociedades, más allá de casos específicos. Esto solo se puede lograr a través de un diálogo constante entre la justicia y la sociedad civil, en el cual se tomen en serio las críticas y preocupaciones de todos los sectores de la sociedad. Sin embargo, es evidente que sin la jurisprudencia constitucional progresista en la región, sobre todo la de la Corte Constitucional colombiana, el enfoque de género tendría un desarrollo mucho menor y la discriminación en el goce y disfrute de derechos se seguiría perpetuando.

El género en la jurisprudencia constitucional colombiana*

MAURICIO RUBIO PARDO**

Introducción

En este ensayo se repasa someramente la evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana en asuntos de género durante los últimos veinticinco años. Aunque se reconocen los impresionantes avances logrados, que apenas se mencionan, se hace énfasis en algunos aspectos que podrían hacer más eficaces y susceptibles de evaluación las decisiones de la Corte Constitucional. El argumento básico es que, influenciada por los activismos, la Corte adoptó dos cuerpos de teoría —el patriarcado como determinante histórico de la violencia contra la mujer y la teoría de género— que progresivamente han mostrado falencias e incoherencias, que es necesario subsanar con pragmatismo, para proteger efectivamente los derechos de las personas reales más allá de su simple enunciado. Se destaca el papel de la criminología como disciplina auxiliar del derecho penal y se aboga por una extensión de su metodología para apoyar la jurisprudencia.

* Este ensayo surgió de una presentación en el XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, celebrado en Pasto entre el 28 y el 30 de septiembre de 2017. Agradezco a Luis Guillermo Guerrero, Claudia Escobar y Miguel Polo la posibilidad de participar en el evento, a Gloria Stella Ortiz la orientación sobre las sentencias más relevantes de la Corte en el campo de la discriminación por género y a Mauricio Pérez y Claudia Escobar sus comentarios.

** Abogado de la Universidad de los Andes y doctorado en Economía en la Universidad de Harvard. Se ha desempeñado como docente e investigador en diferentes instituciones, como la Universidad Externado de Colombia, la Pontificia Universidad Javeriana y la Universidad Carlos III de Madrid.

Naturaleza o cultura

La Sentencia C-481 de 1998,[1] sobre constitucionalidad del régimen disciplinario para docentes, es un referente en la evolución de los criterios de la Corte Constitucional al abordar temas de género.[2] La norma demandada se centraba en la homosexualidad como causal de mala conducta en el medio escolar. Para su decisión, la Corte plantea una discusión centenaria: si ser gay se origina en la naturaleza o en la crianza. La Corte reconoce "la complejidad y dificultad del debate, en especial en materia científica" y acepta que la discusión no se puede zanjar fácilmente, pues existe evidencia a favor de ambas posiciones: "La homosexualidad es multicausal, es decir, obedece a factores biológicos, psicológicos y sociales". Tras estas consideraciones, el raciocinio es salomónico: sea cual sea la importancia relativa de los factores naturales *versus* los culturales, no debe afectar los derechos. Si la explicación de la homosexualidad fuera exclusivamente biológica, la discriminación sería injusta.[3] En el otro extremo, si se tratara de una decisión personal o de un asunto puramente cultural o aprendido, la discriminación también sería ilegítima.[4]

Esta sentencia estaba totalmente al día con el conocimiento científico disponible entonces sobre homosexualidad, desde distintas disciplinas. Además de informes psicológicos, psiquiátricos, sociológicos y antropológicos, se citan trabajos del neurólogo Simon LeVay y del genetista Dean Hamer.[5]

---

1 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481/98 (M. P. Alejandro Martínez Caballero). En esta y todas las secciones, las citas están tomadas de esta sentencia. Los dos últimos dígitos corresponden al año del fallo. Todas las sentencias están disponibles en http://www.corteconstitucional.gov.co

2 Diego López considera que esta sentencia "inauguró en Colombia una tendencia proteccionista y garantista de los derechos de la personas homosexuales". Diego López, *Cómo se construyen los derechos. Narrativas constitucionales sobre orientación sexual* (Bogotá: Legis, 2016), 5.

3 "Puesto que esa condición no es libremente escogida sino que es impuesta por la naturaleza […], la persona es marginada debido a un *status* y un comportamiento que se encuentran biológicamente determinados y de los cuales ella no es responsable".

4 Pues "un Estado pluralista respetuoso de la autonomía y libertad de las personas debe ser neutral frente a esas opciones sexuales […]. La orientación homosexual, incluso si asumimos que esta es escogida libremente y no determinada biológicamente, no puede constituir un criterio para que la ley [discrimine], por cuanto las autoridades estarían afectando su libre desarrollo de la personalidad".

5 En la actualidad se reconoce que la homosexualidad masculina está bastante determinada por diversos factores congénitos, mientras que la femenina, sobre la que se sabe menos, parece ser más cambiante o fluida. Véase, por ejemplo, Jacques Balthazart, *Biologie de l'homosexualité. On naît homosexuel, on ne choisit pas de l´être* (Wavre-Bélgica: Mardaga, 2010); Lisa Diamond, *Sexual fluidity. Understanding women's love and desire* (Cambridge: Harvard University Press, 2008), y Meredith Chivers, Michael C. Seto, Martin L. Lalumière, Ellen Laan y Teresa Grimbos, "Agreement of self-reported and genital measures of sexual arousal in men and women: A meta-analysis", *Archives of Sexual Behavior* 39 (2010): 5-56.

Un aporte no explícito pero fundamental de esta sentencia fue aclarar que la explicación de un fenómeno (lo positivo, descriptivo, cómo son las cosas) no debe afectar los derechos (lo normativo, prescriptivo, el deber ser). Además, la sentencia es cautelosa: una decisión jurídica no tiene por qué interferir ni tomar partido en el debate científico que inevitablemente se da para cuestiones complejas.[6]

Varias cosas han cambiado desde esta sentencia, prudente y al día en el conocimiento sobre la cuestión. Hay un indiscutible avance en la situación de los derechos de las personas con orientación sexual diversa: durante las consultas previas, se presentaron situaciones inconcebibles en la actualidad.[7] Por otro lado, con el tiempo se fue difuminando la frontera entre lo positivo y lo normativo, así como la neutralidad de la Corte Constitucional ante el estado del arte en asuntos de género. El papel que en esta tendencia han jugado los activismos parece determinante.

Activismos y criminología

Por activismo se puede entender una forma intensa de proselitismo,[8] la esencia de la política, bien diferente de la ciencia.[9] El principal aporte de la militancia ha sido llamar la atención sobre fenómenos tradicionalmente ignorados, silenciados, o sobre minorías discriminadas. En una etapa inicial es usual, y apenas lógico, que se exageren tanto el tamaño de la población afectada como la gravedad de la exclusión, para así magnificar el daño causado y justificar la urgencia de reformas. Para el activismo LGBT ha sido usual aumentar el tamaño del colectivo así como los daños sufridos.[10]

---

6 "La Corte es un juez de constitucionalidad, y no un comité de investigación científica". Aunque algunas discusiones legales requieren apoyarse en la ciencia, "no corresponde a un juez constitucional entrar a determinar quién tiene razón en una controversia de esta naturaleza".

7 La representante de una de las organizaciones manifestó que "en su condición de lesbiana y maestra vinculada al sector oficial, tuvo que cubrir su rostro durante la intervención en la audiencia pública, debido al temor a ser sancionada por su orientación sexual y la discriminación". El Grupo Sol, de lesbianas, no compareció a la audiencia "por el miedo que las aqueja a ser discriminadas y perseguidas".

8 Esta definición deja de lado el activismo que podría denominarse *solidario*, dedicado a apoyar en el terreno a los grupos discriminados y marginados. Desafortunadamente, por su consagración al trabajo de campo, el conocimiento y la experiencia de esta militancia están siempre deficientemente representados en los debates.

9 Para las diferencias entre ciencia y activismo (*advocacy*), véase, por ejemplo, a Susan Haack, "Inquiry and advocacy, fallibilism and finality: Culture and inference in science and the law", *Law, Probability and Risk* 2 (2003): 205-214.

10 En las audiencias previas a la C-481/98, por ejemplo, el representante del grupo Equiláteros afirmaba que, "según las estadísticas, más del 17% de la población, ostentan la calidad de homosexual y lesbiana". Según la Encuesta Nacional de Demografía y Salud (ENDS) del 2015, en Colombia, la proporción de personas no heterosexuales es del 1,8% para los hombres y 1% para las mujeres. Ministerio de Salud y Protección Social y Profamilia, *Encuesta nacional*

Otro ejemplo de sobrestimación, tanto de la población afectada como de los riesgos, es el aborto.[11] Las prédicas del activismo son transmitidas por los medios, y el debate se contamina con afirmaciones falsas.[12]

Después del llamado de atención sobre fuentes de discriminación o minorías marginadas, se postulan doctrinas o explicaciones generales sobre tales fenómenos. En el área de género, simplificando, se pueden distinguir dos grandes "cuerpos de teoría" interrelacionados que han afectado la jurisprudencia constitucional. Primero, la tradición patriarcal, para someter y violentar a las mujeres, y, segundo, el desarrollo reciente de la teoría de género.

Patriarcado y violencia contra las mujeres

En 2011, dos profesoras universitarias españolas editaron una recopilación de escritos religiosos, jurídicos y literarios para demostrar que "la violencia padecida por las mujeres tiene raíces tan profundas que no resulta fácil su erradicación".[13] Un corolario de estos trabajos en los que se analizan

---

de demografía y salud (Colombia: Autores, 2015), tomo 2, cuadro 15.14.1. Posibles fuentes de subestimación pueden verse en Mauricio Rubio, "Demografía LGBT en Colombia. Un Análisis con la Encuesta Nacional de Demografía y Salud 2015", documento de trabajo (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018). Además, sin especificar la relación con el sector bajo estudio, el militante anota que "desde 1986, se han asesinado más de 840 homosexuales por el hecho de serlo […]. La violencia hacia los homosexuales se ve reflejada en el chantaje, la agresión física y verbal, el pago de peajes o multas a algunos miembros de la Policía, el aislamiento bajo la forma de encierro en una comisaría, la exclusión del lugar de trabajo, la violencia sexual e inclusive la muerte social y física". Estas observaciones claramente no se referían a los docentes homosexuales afectados por la decisión, sino, sobre todo, a personas trans que venden servicios sexuales, una circunstancia que, a pesar de todos los avances, aún persiste. Kate Lyons, "The trans experience in Colombia: 'This is where we work —and this is where we are killed'", *The Guardian*, 8 de octubre de 2017. También dramatizó la representante de Triángulo Negro, quien explicó que ese nombre se deriva de las marcas hechas a las lesbianas en la segunda guerra mundial en los campos de concentración nazis, situación difícil de asimilar a la de las homosexuales bogotanas en 1998.

11 En Colombia hizo carrera la cifra de 400 000 abortos anuales, sin ninguna justificación y contra toda evidencia. Estimaciones con distintas fuentes sugieren que la cifra real estaría alrededor de 50 000, la octava parte de lo pregonado por la militancia. Además, se ha ignorado el avance en los métodos para interrumpir un embarazo; aún se señala que abortar es una operación con altísimo riesgo. Mauricio Rubio, "El mito de los 400 mil abortos en Colombia", *Revista de Economía Institucional*, 17, n.º 33 (2015): 253-274. Cuando ya en Colombia era corriente el uso del Misoprostol para los abortos, Florence Thomas afirmaba que "son inseguros, clandestinos, se hacen en condiciones absolutamente pavorosas. Es jugar con la muerte realmente". "Ser mujer no es ser mamá: un chat con Florence Thomas", *El Espectador*, 22 de noviembre de 2010.

12 Como "se siguen muriendo al año miles de mujeres por abortos mal practicados". Felipe Zuleta Lleras, "El cardenal procura", *El Espectador*, 15 de mayo de 2011.

13 "Acabar con la forma de pensar de muchos hombres que se consideran en posesión del cuerpo de la mujer […] requeriría comenzar por la identificación de esas raíces para tratar de aflorarlas a la conciencia colectiva para así poder anularlas". María Jesús Fuente Pérez y Remedios Morán,

textos antiguos con una perspectiva moderna, descontextualizada, es que "el feminicidio, nuevo como concepto, es un fenómeno tan viejo como la sociedad patriarcal".[14] Al evitar comparaciones entre países de diferente tradición religiosa se ignora que manifestaciones similares de violencia contra la mujer se han dado en muchas sociedades, lo que desafía la teoría de las raíces culturales. Tampoco se hace un esfuerzo para explicar por qué, desde hace siglos, no todos los hombres criados bajo la tradición judeo-cristiana abusan o golpean a las mujeres: se silencian las diferencias individuales. Este aspecto es crítico para entender y prevenir las agresiones, cuya incidencia está lejos de repartirse de manera uniforme entre la población.[15]

Centrarse en la religión y la violencia es una de las variantes de una tendencia característica de la segunda ola del feminismo. Tras la primera, preocupada por el derecho al voto y el acceso a la educación, a partir de los años sesenta aumentó considerablemente la matrícula femenina en las universidades. Las estudiantes, profesoras y profesionales con educación superior promovieron entonces cambios más ambiciosos y radicales, no reformas puntuales, en parte porque la mayoría de líderes provenían de movimientos políticos de izquierda que buscaban el poder.[16] Simone de Beauvoir será la figura más influyente, al señalar que mientras los varones hacen las leyes y la cultura, el papel de la mujer queda reducido al matrimonio; de ahí la necesidad de la transformación social para alcanzar la igualdad.[17] Conceptualizada de esta manera, la violencia de pareja se

---

Raíces profundas: la violencia contra las mujeres (Antigüedad y Edad Media) (Madrid: Polifemo, 2011), 14 y ss.

14 Ibíd., 13. Esta minuciosa arqueología de abusos no menciona la violencia contra la mujer en China, Japón, India, Mongolia, Turquía, los países árabes o la América precolombina. Al leerla queda la impresión de que la *causa* de los maltratos es la tradición patriarcal y represiva judeo-cristiana. Un supuesto que no concuerda con que esta influencia haya sido escasa o nula en las sociedades que actualmente se consideran los peores lugares del mundo para las mujeres. Entre varios *rankings* existentes, véase, por ejemplo, World Vision, "Behind the curtain: Best, worst places in the world to be a girl" (s. l.: World Vision, 2016).

15 Por el contrario, y de manera proporcional a su gravedad, los ataques los cometen unos pocos individuos, y es para explicar esas conductas que más se requiere una teoría, que no puede ser la misma aplicable al "representante típico" de la población. Esta es una de las principales lecciones de la criminología.

16 Las nuevas influencias fueron la psicología de Freud, la escuela de Frankfurt, el círculo de Viena y, muy especialmente, el existencialismo y el marxismo. Gloria Solé Romeo, *Historia del feminismo (siglos XIX y XX)* (Pamplona: Eunsa, 2011), 59.

17 "Las feministas buscan entender por qué los hombres *en general* recurren a la fuerza física contra sus parejas y qué función juega esto en la sociedad en un contexto histórico". Kersti Yllo, Michele Bograd y Diana Russell, *Feminist perspectives on wife abuse* (Newbury Park: Sage, 1988), 13. Cursivas propias.

ideologiza, oscureciendo el diagnóstico y, por esa vía, la posibilidad de medidas preventivas.[18]

De los ejercicios retrospectivos, y de la preocupación por cambiar la sociedad, inquieta la escasa relevancia en términos de intervenciones concretas, sobre todo para enfrentar la violencia existente contra las mujeres, no la futura. Es desesperanzador, por ejemplo, que Myriam Jimeno, una de las principales conocedoras, y críticas, del crimen pasional en Colombia, termine recomendando que "para decir ni una menos, hay que dejar de criar princesas indefensas y machitos violentos".[19]

No menos decepcionante resulta la inclinación reciente[20] de la Corte a recordar, en varias de sus sentencias sobre incidentes, víctimas y victimarios contemporáneos en extremo dispares, esa lucha histórica, ancestral, sin que pueda establecerse un vínculo con la situaciones reales analizadas, y sin que se aclare en qué medida evocar esa tradición contribuye a prevenir agresiones específicas. Cabe mencionar, por ejemplo, la Sentencia T-265 de 2016, que resuelve una tutela interpuesta por una consultora de la administración distrital ante un incidente de acoso sexual laboral, o sea un entorno inexistente en buena parte del pasado de la humanidad.[21] En la Sentencia T-967 de 2014 se destacan, pero luego se ignoran, otras causas de la violencia diferentes a la tradición patriarcal.[22]

---

18 La violencia contra las mujeres se ve "como una forma sistemática de control de las mujeres por los hombres, […] [quienes] como una clase se benefician de que la vida de las mujeres esté restringida por su miedo a la violencia. El abuso refuerza la dependencia de las mujeres y permite a *todos los hombres* ejercer su autoridad y control". Donald G. Dutton, "Patriarchy and wife assault: The ecological fallacy", *Violence and Victims* 9, n.º 2 (1994): 167-182. Cursivas propias.

19 Myriam Jimeno, "El feminicidio está arraigado en la cultura", *Razón Pública*, 23 de abril de 2017. La referencia clásica sobre crimen pasional en Colombia es sin duda Myriam Jimeno, *Crimen pasional. Contribución a una antropología de las emociones* (Bogotá: Universidad Nacional, 2004).

20 Más adelante se analizan algunas de las sentencias iniciales de la Corte sobre violencia de pareja en las que el discurso sobre la tradición patriarcal no se había adoptado.

21 Más adelante se analiza la sentencia en la cual la Corte recuerda "esa desventaja a la que han sido sometidas a lo largo de la historia, que las ha dejado en un plano de exclusión por la tradición excluyente de la sociedad". En la misma sentencia, la Corte reconoce que, "al ser excluidas del trabajo asalariado", las mujeres eran "sometidas a prejuicios sociales que las confinaban a las tareas del hogar", observación que implícitamente sugiere que la historia milenaria utilizada para explicar la violencia en el hogar no es una "teoría" idónea para entender las relaciones laborales modernas, que, precisamente, no encajan en esa tradición. Se hace alusión a la mujer como "ser económicamente dependiente y por tal motivo sometida a la autoridad de los padres o del marido", cuando el acoso sexual analizado está mediado por un contrato laboral, no por un vínculo familiar.

22 Luego de aclarar que la violencia contra la mujer es un "fenómeno que suele estar relacionado con diversas causas sociales, culturales, económicas, religiosas, étnicas, históricas y políticas", la Corte anota que se trata de "una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que conduce a perpetuar la discriminación contra esta y a obstaculizar su pleno desarrollo".

La necesaria pero compleja interrelación que se señala entre la ciencia y la jurisprudencia en la Sentencia C-481 de 1998 parece haberse desvanecido. La aceptación de que el conocimiento sobre las relaciones humanas es precario, incompleto, fue dándole paso a una doctrina inamovible, con la que se pretenden diagnosticar sin matices conflictos de género muy diversos. El apoyo científico fue reemplazado bien por una "ciencia", léase doctrina, sesgada e incompleta suministrada por la militancia, por medio de la repetición de los antecedentes legales de la jurisprudencia, prescindiendo del polo a tierra, del indispensable vínculo con una realidad siempre más compleja que el mundo idealizado de las doctrinas y las leyes.

La debatida teoría de género

En los años cincuenta, el psicólogo, sexólogo y psiquiatra John Money acuñó el término *roles de género*. Especializado en la observación de las personas entonces denominadas hermafroditas, que padecían anomalías genitales de nacimiento, su interés específico era el tratamiento posoperatorio de la cirugía de reconstrucción genital. Como psicólogo conductista, Money era el más ardiente defensor de una idea de moda en ciertos círculos académicos: la identidad de género no era innata, sino que se construía por medio de la educación y la cultura.[23]

Money presentó en un programa de televisión su teoría, acompañado por una transexual. Al verlo, Janet y Ron Reimer creyeron encontrar allí la salvación para su hijo Bruce, que había quedado sin pene por una circuncisión malograda. Contactaron a Money, quien los convenció de que Bruce podría ser criado como mujer: bastaban la educación apropiada y unos ajustes quirúrgicos. Crecería junto a su hermano gemelo, Brian, demostrando así que el género se construye.[24]

Según la teoría de Money —una extensión apresurada de casos excepcionales de personas nacidas con ambigüedad genital—, todas las personas nacen neutrales, con una "puerta al género" abierta durante unos años; la oportunidad para probarla estaba en esos dos gemelos idénticos, uno de ellos criado como mujer. A los 17 meses, con asesoría de Money, Bruce se convirtió en Brenda, y antes de cumplir dos años fue castrado para que dejara de producir hormonas masculinas. Obligada a crecer como niña, a Brenda le ocultaron por muchos años que había nacido hombre.

---

[23] Siddhartha Mukherjee, *The gene: An intimate history* (Nueva York, Londres: Scribner, 2016), 364.

[24] John Sloop, "'A van with a bar and a bed': Ritualized gender norms in the John/Joan case", *Text and Performance Quarterly* 20, n.º 2, (abril 2000): 130-149.

A principios de los setenta, Money publicó el caso utilizando los seudónimos de John y Joan. "La identidad de género está tan poco diferenciada al nacer que permite convertir exitosamente un hombre genético en mujer".[25] La historia y la teoría ganaron fama de inmediato.[26]

El experimento de Money no funcionó. Aún sin pene y educada como niña, Brenda siempre mostró actitudes y comportamientos masculinos: odiaba los vestidos femeninos, le gustaban los juguetes de su hermano y hacía deporte con él. No tenía amigas. En lugar de reconocer su error, Money intensificó el tratamiento. Se empeñó en persuadirla y hasta le prometió una vagina. A pesar de las hormonas que le recetó y unos pequeños senos, la voz, la espalda y el cuello seguían siendo varoniles. A los trece años, su padre le contó la verdad, y Brenda sintió un gran alivio, dejó de sentirse desequilibrada. Inmediatamente empezó a vivir como David.[27] Revirtieron el tratamiento hormonal y con la compensación por la fallida circuncisión mandaron reconstruir su pene. Se casó joven, adoptó un hijo, pero su salud mental se deterioró hasta una depresión severa que terminó en suicidio.

Esta primera víctima de la teoría de género no se hizo pública, y las ideas propuestas por Money sobrevivieron. El caso de Bruce-Brenda-David no fue el único: durante los setenta y los ochenta hubo varias reasignaciones, cada una con sus propias complicaciones. Encajaban en el célebre postulado de que la mujer no nace, sino que se hace; eran la prueba que buscaban las feministas académicas para desvirtuar las diferencias naturales. La posibilidad de reasignar el género mostraba que nacían iguales y la sociedad las discriminaba.[28]

A principios de los setenta, la socióloga británica Ann Oakley adoptó la distinción planteada por la novedosa teoría.[29] Poco después, Gayle Rubin, antropóloga cultural y feminista lesbiana, publicaba el que terminaría

---

25 Mukherjee, *The gene: An intimate history*, *op. cit.*, 364.

26 En la misma lógica, a mediados de los sesenta, el psicoanalista Robert Stoller, de la Universidad de California, se interesaba específicamente por la transexualidad de las personas que no se identifican con su sexo de nacimiento. Por cerca de un siglo, se había confundido la homosexualidad masculina con el afeminamiento, y Stoller, con su propuesta de identidad, diferente de la orientación, buscaba fundamentalmente distinguir a los transexuales de los homosexuales. Adrián Melo y Marcelo Raffin, "La literatura y el cine como espacios de resistencia al paradigma héteronormativo", *Lecciones y Ensayos*, n.º 89 (2011): 299-316.

27 "Health check: The boy who was raised a girl", *BBC News Health Care*, 23 de noviembre de 2010, y "Dr. Money and the boy with no penis", *BBC News,* 2014.

28 Sloop, "'A van with a bar and a bed'...", y Melo y Raffin, "La literatura y el cine como espacios de resistencia...", *op. cit.*

29 Afirmando que "el género no tiene origen biológico, las conexiones entre sexo y género no tienen realmente nada natural". Citada por Melo y Raffin, "La literatura y el cine como espacios de resistencia...", *op. cit.*, 13.

siendo el ensayo más influyente sobre la dicotomía sexo-género.[30] Así, un recurso científico, clínico, para una ínfima fracción de la población, del orden del 0,3 %,[31] se convertía en herramienta de la lucha contra la desigualdad impuesta a todas las mujeres por el patriarcado. En poco tiempo, feministas universitarias norteamericanas, buena parte lesbianas, se apropiaron del término género para "desnaturalizar la feminidad", transformando esta categoría inicialmente médica y altamente especializada en arma política lograron aclimatar la teoría de género.[32] El asunto fue tan debatido que las feministas francesas lo rechazaron de manera tajante.[33]

Al apropiarse del concepto de género y restarle relevancia al sexo, los estudios feministas rechazaron luego los trabajos de Money por un elemento definitivo: la influencia médica sobre el género no es solamente un saber; es también, indefectiblemente, un poder. Extendiendo a toda la población la delicada decisión que tomaron Money y los padres de Brenda —que crecería siendo mujer— y silenciando el fallido experimento, se generalizó la noción de que los padres, en alianza con los médicos, tienen la facultad de *asignar* arbitrariamente el género a cualquier persona.

Teoría de género y jurisprudencia

No es fácil precisar en qué momento empezó a ser influyente en Colombia esta idea de que el género es prácticamente una prerrogativa individual, que no depende del sexo al nacer. En la C-481 de 1998 no se percibe ese influjo. En la Sentencia C-371 de 2000 hay un primer paso en esa dirección: luego de hacer referencia a la raza y el sexo como criterios de discriminación, la Corte afirma que el "género hace referencia a la dicotomía sexual que es *impuesta socialmente* a través de roles", sin mencionar el papel que pueden desempeñar el sexo biológico o los antecedentes personales.

---

30 Rubin pretendió identificar los mecanismos sociales, históricos y culturales que producen la heteronormatividad: complementando la teoría con Marx, Engels, Freud, Lévi-Strauss y Lacan, sugirió un programa político "para eliminar las sexualidades" en una sociedad andrógina. Gayle Rubin, "The traffic in women: Notes on the political economy of sex", en *Toward an anthropology of women*, de Rayna Reiter, 157-210 (Nueva York: Monthly Review Press, 1975).

31 Alice Dreger, historiadora especialista en los abusos médicos a personas intersexuales, estima que son del orden de una de cada 300 personas. Alice Dreger, *Galileo's middle finger: Heretics, activists and the search for justice in science* (Nueva York: Penguin Press, 2015). Para Colombia, podría estar más cerca del 0,1 %. Rubio, "Demografía LGBT en Colombia…" *op. cit.*

32 Inicialmente concebida como un complejo proceso mediante el cual "infantes bisexuales se transforman en dos géneros, masculino y femenino, uno destinado a dominar y el otro a obedecer". Sandra Lee Bartky, *Feminity and domination. Studies in the Phenomenology of Oppresion* (Nueva York: Routledge, 1990), citada por Christina Hoff Sommers, *Who stole feminism? How women have betrayed women* (Nueva York: Simon & Schuster, 1994), 277.

33 Melo y Raffin, "La literatura y el cine como espacios de resistencia…", *op. cit.*

En la Sentencia C-373 de 2002, con una desafortunada mezcla de elementos positivos y normativos, la Corte asimila la homosexualidad a una elección individual, parte del libre desarrollo de la personalidad, descartando no solo la influencia de factores congénitos, sino la "imposición" social mencionada en la Sentencia C-371 de 2000.[34] Con la Sentencia T-435 de 2002, que exige a un colegio reintegrar a una alumna expulsada por ser lesbiana, la Corte ratifica la noción de una sexualidad elegida por la persona y toma partido en un debate científico no resuelto sobre los determinantes de la sexualidad.[35] En la Sentencia T-1025 de 2002, que resume la línea jurisprudencial sobre intersexualidad y hermafroditismo, la Corte menciona tanto la identidad sexual[36] como la de género,[37] y plantea que las intervenciones médicas —hormonales o quirúrgicas— para asignación de sexo o remodelación de genitales tienen un "impacto decisivo en la identidad sexual".[38] Así, reconoce implícitamente que los elementos fisiológicos juegan un papel determinante. La Corte aclara que la hiperplasia suprarrenal congénita (HRS) del caso analizado presenta síntomas muy variables y solo en casos extremos lleva a la ambigüedad de genitales, pero ignora que las mujeres nacidas con variantes leves de HRS

---

34 La Corte anota "que *bien se sabe* que el moderno constitucionalismo suministra argumentos para que el homosexualismo deje de considerarse como una enfermedad o como una anormalidad patológica y para que, en lugar de ello, se asuma como una preferencia sexual que hace parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad". Subrayado propio. No sorprende que, según Diego López, esta sentencia pruebe "la presencia de una nueva voluntad activista". López, *Cómo se construyen los derechos… op. cit.*, 51.

35 "[Ella] tiene toda la capacidad para autodeterminarse y escoger libremente su condición sexual […] en virtud del derecho al libre desarrollo de la libertad, tienen plena potestad de elegir sus tendencias sexuales".

36 Hace referencia a "las características biológicas sexuales de una persona que incluyen cromosomas (XX, mujer, o XY, hombre), genitales externos (pene o vagina), genitales internos (testículos u ovario)".

37 Que "tendría un componente más psicosocial, pues se relaciona con el sentido personal de la propia masculinidad o feminidad". Consecuentemente, señala la Corte que es deber de los médicos "no solo atarse a las condiciones biológicas de la persona sino prever las consecuencias propias de la identidad de género".

38 Este término ya está en desuso. La Corte adoptó la diferenciación entre *orientación sexual* e *identidad de género*. La primera "hace referencia a la dirección del deseo erótico y la afectividad de las personas en razón al sexo o identidad de género de las otras personas". La identidad de género "es la forma como cada persona se construye, se define, se expresa y vive en relación con su sexo y los elementos de género que adopta". Presidencia de la República, "Orientación sexual, identidad de género y derechos humanos". Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales (2017), http://bit.ly/2UHHXiF. El segundo concepto es más reciente y debatido, está menos bien comprendido y se sabe menos sobre sus determinantes. Además, como se discute más adelante, es el que presenta algunas contradicciones con, por ejemplo, las ideas feministas.

presentan comportamientos masculinos y mayor tendencia al lesbianismo o bisexualismo.[39]

En la Sentencia T-314 de 2011 se hace un inventario completo de la jurisprudencia que afecta a la población LGBT y se concluye que "cuando se trata de lesbianas, gais y bisexuales, [ellos] están relacionados con un proceso social y cultural que determina un sexo específico", que se diferencia no solo de las personas transexuales, en las que "la relación se da entre el individuo y el proceso cultural", sino de "intersexuales o hermafroditas, que *a priori* están determinados por un hecho impuesto desde el nacimiento". La confusa afirmación no solo le resta importancia a los determinantes biológicos del sexo de las personas, sino que sugiere que esa relación atañe fundamentalmente a intersexuales y hermafroditas, como supuso la Corte en la Sentencia T-1025 de 2002.

En la Sentencia C-577 de 2011, en particular en las aclaraciones de voto, se destaca que el término *homosexualidad* no cubre todas las posibles diversidades sexuales, orientaciones o identidades; se cuestiona el homocentrismo de la jurisprudencia, que ha ignorado los problemas específicos de las lesbianas,[40] y que las personas trans son una minoría silenciada dentro de las minorías. Paradójicamente, luego de destacar la relevancia de la diversidad, la Corte respalda a la "comunidad" LGBTI, que las mezcla y agrupa.[41] Se hace una concesión al dramatismo activista al asimilar el silencio sobre ciertas orientaciones sexuales o identidades de género a una

---

39 "Los estudios han demostrado que las niñas con HRS exhiben mayores tasas de lo que los médicos llaman 'masculinización del comportamiento', es decir, comportamientos que son más típicos de los hombres. Estas chicas están, en promedio, más interesadas en juegos típicos de niños, pasatiempos y temas que las mujeres no afectadas, menos interesadas en ser madres y más propensas a ser lesbianas o bisexuales". Alice Ellen Dreger, K. Feder y Anne Tamar-Mattis, "Prenatal dexamethasone for congenital adrenal hyperplasia: An ethics canary in the modern medical mine", *Journal of Bioethical Inquiry* 9, n.º 3, (septiembre 2012): 277-294. En este artículo se hace una revisión de la literatura sobre HRS y, sobre todo, se critica la práctica médica casi estándar de buscar "prevenirla", desde mediados de los ochenta, con el suministro de dexametasona a las mujeres embarazadas. En los años cincuenta, el endocrinólogo inglés Gerald Swyer, que investigaba la esterilidad de las mujeres, observó que algunas personas anatómica y fisiológicamente femeninas antes de la adolescencia no alcanzaban la madurez sexual. Al examinar sus células se descubrió que tenían cromosomas XY en todas ellas. Una mujer, conocida como C., nacida en los años cuarenta y criada como niña, tenía dificultades para reconocerse totalmente femenina. Se casó joven con un hombre, y un *ménage á trois* accidental con otra mujer despertó sus fantasías. Su esposo se quedó con la otra y C. inició una serie de relaciones lésbicas. A los 48 años buscó ayuda psiquiátrica, sus células fueron examinadas y se descubrió que tenían cromosomas XY: genéticamente C. era hombre. Después supo que había nacido con genitales ambiguos no desarrollados. Mukherjee, *The gene: An intimate history*, *op. cit.*, 365.

40 "Los derechos de las mujeres lesbianas o bisexuales, por ejemplo, suelen ser invisibilizados por las aproximaciones homocéntricas".

41 Ignorando los juegos de poder y la misma historia del movimiento que, por consideraciones políticas, agrupó artificialmente minorías sexuales muy diferentes.

forma de violencia.[42] Se reitera la aclaración de la Sentencia C-481 de 1998, de que la Corte "no decide cuestiones de carácter técnico o científico", pero simultáneamente se reproduce la Sentencia T-314 de 2011 en lo relativo al sexo determinado por un "proceso social y cultural", una afirmación más consistente con las pretensiones del activismo que con la evidencia.

En la Sentencia T-063 de 2015, que resuelve una tutela interpuesta por una persona trans contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, el discurso activista ya está plenamente asimilado por la Corte Constitucional, sin salvedades ni matices, y extendido a toda la población.[43] A diferencia de la C-481 de 1998 y la C-577 de 2011, la Corte dejó de contar con la asesoría de disciplinas médicas normalmente criticadas por "patologizar" el transgenerismo. Aunque para justificar su decisión la Corte hace alusión a los casos de intersexualidad o hermafroditismo con los que se introdujo la teoría de género en los Estados Unidos, en esta sentencia simplemente señala que el demandante solicitó en algún momento, mediante otra tutela, que le ordenaran a su EPS ciertos procedimientos.[44] Así, de manera más coherente con las certezas militantes que con las incertidumbres científicas, la Corte extendió una categoría formulada para casos excepcionales, algo que hace explícito la sentencia, a otros en los que no se sabe, ni se comprende —porque aún no se conoce suficientemente— el origen del transgenerismo. Atrás quedó la cautela y la incertidumbre expresada por la misma Corte en 1998, ante un fenómeno menos atípico, la homosexualidad masculina, para adoptar sin respaldo científico la "explicación" suministrada por el activismo trans.

No solo la retórica y el léxico —cisgénero, heteronormativo, heteroasignación—, sino los recursos de dramatización comunes en la militancia empezaron a hacer parte del arsenal argumentativo de la Corte, que, en

---

42 "El rótulo de los problemas de 'los homosexuales', es una suerte de violencia lingüística, violencia simbólica, donde se le impone a unas personas la forma de autodenominarse".

43 "La Sala advierte que, una vez superada la concepción de la identidad sexual como un atributo 'objetivo' que viene determinado por la genitalidad, y entendida aquella como una adscripción que *cada persona* efectúa de manera autónoma y que solo corresponde a las autoridades estatales y al resto de la sociedad reconocer y respetar, *prima facie* no resulta razonable establecer un trato diferenciado entre personas cisgénero y transgénero que pretenden la corrección del sexo consignado en el registro civil. Bajo esta perspectiva, el dato que se inscribe en el registro civil de nacimiento corresponde a la *asignación* de sexo efectuada al nacer por otras personas (*hetero asignación*), generalmente los padres, y suele hacerse con base en la observación de los genitales". Cursivas propias. Para este fallo, la Corte consultó a varias organizaciones militantes trans, que confirmaron que la identidad de género debe entenderse como "la vivencia interna e individual del género, tal como *cada persona la siente profundamente*. Esta vivencia puede corresponder o no con el sexo *asignado* al momento del nacimiento".

44 Como "la realización de la cirugía de reafirmación de sexo, mamoplastia y todos aquellos procedimientos necesarios para su tránsito de género".

esta sentencia, trae a colación un comentario del relator especial sobre la *tortura* de Naciones Unidas.[45]

Secuelas de la militancia

Una secuela de las doctrinas globales basadas más en objetivos políticos y teorías no contrastables que en la observación y explicación rigurosa de la realidad es la mezcla de conductas o sujetos, individuales y disímiles, que no siempre responden a motivaciones colectivas. Luego del clímax de la liberación sexual de los años sesenta, para establecerse como disciplina y ganar legitimidad académica, las feministas universitarias norteamericanas "se volvieron adictas a la teoría".[46] Este alejamiento de la realidad se dio en dos variantes. La primera,[47] obsesionada por las violaciones, muestra la forma extrema de responsabilizar a la "cultura" y sugiere implícitamente hasta dónde habría que intervenir para aliviar la discriminación contra la mujer. La segunda vertiente, que vino de intelectuales francesas, por lo general marxistas, tampoco era empírica ni pragmática.[48]

La noción de que el sometimiento de las mujeres a los hombres es básicamente resultado de la tradición patriarcal y, en particular, de la amenaza de violación como herramienta para someterlas políticamente a todas ha llevado en el área de la violencia sexual y de pareja a un caos conceptual que no contribuye a discernir y aclarar incidentes e ideas, sino a confundir. Es imposible resumir acá todos los agravios a las mujeres que se le achacan a esas raíces históricas, contra las cuales las sugerencias de política pública son por lo general impracticables.[49]

---

45 La incapacidad, la ignorancia o la torpeza de la medicina, las autoridades o la sociedad para entender o definir el transgenerismo difícilmente encajan en la definición de *tortura*, el "grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o como medio de castigo". Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (2018).

46 Camille Paglia, *Free women, free men: Sex gender feminism* (Nueva York: Pantheon Books, 2017), 110.

47 Derivada de la obra *Sexual politics*, de Kate Millet, quien redujo el arte a su dimensión política y atacó por su sexismo a reconocidos artistas y escritores, como Lawrence, Hemingway o Miller. La misma preocupación ha sido revivida recientemente en Colombia: "Los escritores latinoamericanos, los del Boom, son casi todos asquerosamente machistas". Catalina Ruiz-Navarro, "¿Dónde están las colombianas?", *El Espectador*, 8 de noviembre de 2017.

48 "Tenían poca conexión con la política y menos aún con la gente ordinaria hacia la cual la jerga elitista era condescendiente y excluyente". Paglia, *Free women, free men*, *op. cit.*, 111.

49 Un ejemplo extremo ilustra la facilidad con la que se mezclan atentados radicalmente distintos contra los derechos de las mujeres y lo inocuo que resulta ese ejercicio para la búsqueda de eventuales soluciones. A finales de 2013, la investigadora y periodista Laura Gil renunció a su papel como comentarista radial porque, al parecer, su jefe y un colega no la soportaban. Inmediatamente surgieron acusaciones de sexismo, acoso y misoginia. La reacción de sumarla a la masa de víctimas del machismo no tardó. Florence Thomas, influyente feminista, anotó

Cuando algún incidente que afecta a una mujer se relaciona con el deseo masculino la consigna es simple: maximizar el número de víctimas, sumar lo que se pueda bajo el rubro global de acoso o violencia sexual. Para inflar estragos, en efecto, las feministas norteamericanas empezaron hace décadas magnificando el riesgo de violación.[50] Cualquier incidente callejero anunciaba un ataque criminal. En 2003 la Organización Mundial de la Salud incluyó en su definición de violencia sexual "los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados".[51] El piropo se convirtió en "acoso sexual callejero" y actualmente varios movimientos de mujeres buscan incluirlo en los códigos penales por anticipar agresiones mayores.[52]

Esta tendencia a mezclar varios tipos de violencia contra las mujeres ha sido explícitamente rechazada por la jurisprudencia constitucional.[53]

---

que el director del programa radial "cierra la comunicación e impide la respuesta de Laura, su palabra de mujer queda enclaustrada y encerrada en mordazas tan simbólicas como reales". Puesto que el incidente coincidió con el estreno de la película "La eterna noche de las doce lunas", la misma Florence Thomas no tuvo reparo en comparar la situación de la periodista con la de Pili, una joven wayuu que, en el filme, es encerrada durante doce lunas para el ritual de paso de niña a mujer. Menciona amenazas, azotes, bofetadas, lapidaciones, infibulación, escisión del clítoris y feminicido, para concluir que "tanto en Laura Gil como en Pili está representada la eterna historia del encierro y silenciamiento de las mujeres". Thomas Florence, "El encierro de las mujeres", *El Tiempo*, 10 de septiembre de 2013.

50 Desde los años ochenta, Catharine MacKinnon, profesora de derecho, promovió la adopción de estrictas regulaciones contra el acoso sexual y emprendió una implacable campaña contra la pornografía, considerada una causa de los peligros enfrentados por cualquier mujer. Para 1993, Cynthia Grant Bowman afirmaba, en el *Harvard Law Review*, que "cada vez que un hombre se dirige a una mujer en la calle, ella debe contemplar la posibilidad de que la puedan violar". Cynthia Grant Bowman, "Street harassment and the informal ghettoization of women", *Harvard Law Review* 517 (enero de 1993): 517-580.

51 Etienne Krug, Linda Dahlberg, James Mercy, Anthony Zwi y Rafael Lozano, eds., *Informe mundial sobre la violencia y la salud* (Washington: Organización Mundial de la Salud, 2003), https://bit.ly/2knQbtP. En 2011, en Carolina del Norte, Emanyea Lockett fue sancionado por acosar sexualmente a su profesora. El incidente no tendría nada extraordinario si no fuera porque el agresor era un niño de nueve años y su falta consistió en comentarle a un compañero de clase que la maestra "es bonita". Laura Hibbard, "Student, 9 years old, suspended for sexual harassment, calling teacher 'cute'", *Huffpost*, 5 de mayo de 2011.

52 Véase, por ejemplo, Hollaback! (https://www.ihollaback.org/), movimiento norteamericano contra el acoso callejero, cuyo capítulo bogotano es Atrévete! (https://bogota.ihollaback.org/), donde se afirma que "quien se siente con derecho sobre el cuerpo de otra persona para comentar, también puede sentirse con derecho a tocar, forzar, abusar y matar". En 2016 se reitera la idea de que todos los hombres son potenciales violadores, sobre todo en pandilla. Además, se equiparan las violaciones a la compra de servicios sexuales. Pilar Aguilar, "Violar es un placer (y, en manada, más)", *TribunaFeminista* (septiembre de 2016).

53 En la Sentencia C-297/16, al analizar la ley que tipifica el feminicidio como delito autónomo, la Corte señala que la "expresión 'cualquier tipo de violencia' en la norma acusada, admite una lectura abierta que hace que el comportamiento carezca de precisión y claridad, lo cual incumple con los requisitos que exige el principio de legalidad". Al discutir la naturaleza de ese principio, la Corte aclara que este "exige que las conductas punibles no solo deben estar previamente establecidas por el Legislador, sino que deben estar inequívocamente definidas por la ley".

Lamentablemente, la tipificación precisa que exige el derecho penal, respaldada por la Corte, ha sido ignorada por el activismo, cuyo campo de acción es global y que, a través de las agencias multilaterales, acaba afectando la política pública.[54]

Fuera de ir contra el principio de legalidad, mezclar indiscriminadamente mujeres afectadas por incidentes que ocasionan daños muy disímiles es inconveniente por varias razones. Primero, porque al oscurecer el diagnóstico se dificulta la prevención de los ataques reales cometidos por personas que son distintas, con antecedentes y motivaciones particulares. Segundo, porque al insistir en que ataques muy dispares tienen un origen común y son cometidos por un hombre cualquiera, se dificulta la especialización que se requiere para investigarlos y reunir pruebas idóneas cuando ocurren. Tres, en un entorno como el posconflicto colombiano es un irrespeto con las mujeres que sufrieron las agresiones más graves: al compararlos con asuntos como no poder usar minifalda o asistir a un reinado, se banalizan los crímenes realmente serios, por ejemplo, las violaciones o los abortos forzados.[55]

Desmenuzar los ataques y los opresores

El escritor búlgaro Tzvetan Todorov propone superar la visión del opresor como un colectivo mal identificado, para en su lugar considerar a individuos específicos como responsables de sus acciones.[56] Como persisten

---

[54] En Colombia, una encuesta de 2010 sobre violencia sexual en zonas de conflicto realizada por Oxfam, una ONG internacional, contemplaba como ataque contra las mujeres la "regulación de la vida social", por ejemplo que el comandante paramilitar prohibiera usar minifalda. Así, sumando incidentes de distinta gravedad, se llegaba a un total de 490 000 víctimas, de las cuales 176 000 habían sido acosadas sexualmente y a 327 000 les habían reglamentado la rutina. El dato con el porcentaje de mujeres víctimas de violencia sexual (17,6 %) —que quintuplica el de las violaciones— fue el que recogieron los titulares de prensa internacionales. Oxfam, *Primera encuesta de prevalencia: violencia sexual en contra de las mujeres en el contexto del conflicto armado colombiano; Colombia 2001-2009* (2010), https://bit.ly/2sPQwfM. Años después, sin precisar si se trataba de un reciclaje o de nuevas encuestas, se repiten las cifras. "Cada hora 16 mujeres son víctimas de violencia sexual en Colombia", *Semana,* 17 de agosto de 2017. Uno de los informes del Grupo de Memoria Histórica considera violencia sexual la organización de una pelea de boxeo entre gays en un campamento paramilitar, y califica un reinado de belleza de "violento evento". Grupo de Memoria Histórica, *Mujeres y guerra: víctimas y resistentes en el Caribe colombiano; informe del Grupo de Memoria Histórica* (Bogotá: Taurus, Pensamiento, 2011).

[55] Fuera de estas observaciones para la dimensión judicial, la idea del patriarcado como causa de la violencia contra las mujeres ha sido criticada por desconocer que: "a) la violencia entre lesbianas es más frecuente que la heterosexual, b) no existe relación entre el poder y la violencia dentro de las parejas y c) no existe relación entre el patriarcado estructural y la violencia doméstica". Dutton, "Patriarchy and wife assault", *op. cit.*

[56] El "imperialismo anglo-americano" con el que creció Todorov durante la Guerra Fría cumplía un papel similar al del monstruo patriarcal en la actualidad: "Si las cosas no iban tan bien como nos habían prometido, era por culpa de los enemigos". La actitud casi militar,

discriminación, agresiones, violaciones y feminicidios, que es indispensable prevenir y sancionar, parece pertinente la recomendación hecha por Todorov de refinar la figura del opresor: aceptar que algunos hombres tienen intereses distintos a la dominación; superar la idea del adversario como un ente abstracto, para identificarlo y conocerlo, rastrear su origen como persona, con historia, ideas, razones, emociones y pasiones propias. Los penalistas de la Ilustración plantearon que las conductas dañinas deben tipificarse minuciosamente, y sancionar individuos, en lugar de adjudicárselas a una población para transformar colectivamente su forma de pensar y de actuar. A los diagnósticos precisos que se requieren no se llega con doctrinas globales: es indispensable reconocer las diferencias individuales,[57] ante las cuales el feminismo ha sido reticente, prefiriendo postular que la violencia surge "de los perfiles psicológicos y comportamentales de la mayoría de los hombres".[58]

Por más de un siglo, el derecho penal se ha apoyado en la criminología, disciplina que se centra en el diagnóstico riguroso de las conductas consideradas dignas de sanción, así como en el perfil de los agresores, normalmente una proporción pequeña, a veces ínfima, de la población. Este enfoque técnico coincide con las sugerencias de Todorov, un humanista. En particular, y coincidiendo con la principal lección de la Sentencia C-481 de 1998, se trata de un conjunto de saberes conscientes de la frontera entre lo descriptivo y lo prescriptivo: la criminología explica de manera desagregada. Es desde el derecho penal que, utilizando ese insumo, se proponen reformas contra ese conjunto de conductas minuciosamente tipificadas. Lo descriptivo es un insumo independiente de lo normativo. La criminología también permite evaluar las consecuencias y la eficacia de las leyes penales, con criterios estrictos para escoger y contrastar teorías y para recopilar información.[59]

---

leninista, justificaba la represión y el minucioso control de lo cotidiano y del lenguaje: "Es un maniqueísmo que divide a la población en dos subespecies que se excluyen mutuamente y encarnan, respectivamente, el bien y el mal, y, por consiguiente, los amigos y enemigos […]. Los individuos solo se convierten en enemigos parcial y provisionalmente". Tzvetan Todorov, "Identificar al enemigo", *El País*, 3 de enero de 2016.

57 Esta observación se hace no solo desde la criminología. La psicología tiene una crítica similar sobre los riesgos de explicar comportamientos individuales con motivaciones colectivas. Véase Dutton, "Patriarchy and wife assault...", *op. cit.*

58 Yllo *et al.*, *Feminist perspectives on wife abuse*, *op. cit.*, 17.

59 El enfoque de desagregación de la criminología implica pasar de postulados poco sugerentes de política criminal, como "reducir la delincuencia en el país", a otros más relevantes y factibles, como "controlar el robo de celulares en determinado barrio". La criminología también pregona escepticismo con la información oficial y, en lugar de doctrinas universales, propone plantear hipótesis contrastables con la evidencia y, sobre todo, con datos específicos: de las víctimas, de las autoridades involucradas y, si es posible, de los agresores. Una breve historia de la disciplina, así como argumentos para extender su metodología a la evaluación de las leyes

Discriminación contra la mujer

Una manera de calibrar los avances de los últimos veinticinco años en la protección de los derechos de las mujeres es imaginar lo extraño que parecería hoy que la Corte tuviera que ocuparse de asuntos como desconocer los resultados de un concurso de méritos a la persona mejor clasificada porque "esa profesión solo puede ser desempeñada eficientemente por los hombres"[60] o impedirle a la mujer el trabajo nocturno[61] o que el adulterio femenino, y no el masculino, sea causal de nulidad matrimonial[62] o que una mujer separada de bienes requiera un curador para administrarlos[63] o que el embarazo implique restricciones para contraer segundas nupcias.[64]

En ciertas áreas el avance ha sido menor, en parte porque ganó terreno la confusión entre los elementos explicativos y los normativos, tan sensatamente separados en la C-481 de 1998. Un desacierto notorio ha sido ignorar la recurrente relación entre la infidelidad y los celos, por un lado, y la violencia de pareja por el otro. En la comprensión de las distintas formas de agresión contra las mujeres se hacen palpables las limitaciones de una doctrina que, centrada en los antecedentes históricos de la dominación masculina, opacó explicaciones alternativas hasta el punto de no distinguir un compañero sentimental celoso de un jefe acosador.

La adhesión a una teoría explicativa global es reciente en la jurisprudencia constitucional: no hizo parte de las herramientas iniciales de la Corte para enfrentar la violencia contra la mujer. En la Sentencia T-487 de 1994, por ejemplo, la Corte revisa una tutela interpuesta por María Esther contra Manuel por "constantes golpes y ultrajes". La descripción de las agresiones es detallada.[65] La sentencia es corta, apenas nueve páginas. Además es simple, se lee como un cuento, no como una disertación jurídica.[66] Fuera de la minuciosa reseña, no se hacen esfuerzos por definir

---

(y de la jurisprudencia), se encuentra en Mauricio Rubio, "Evaluación de las leyes: lecciones de la criminología", *Revista de Economía Institucional* 10, n.º 19 (2008): 131-160.

60 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-326/95 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).

61 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-622/97 (M. P. Hernando Herrera Vergara).

62 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-082/99 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

63 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-379/98 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

64 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1440/00 (M. P. Antonio Barrera Carbonell).

65 "Es mucho lo que me ha maltratado, ya que me pega, me aruña, me pega trompadas, en la cabeza me pegó con un candado […], acá en el brazo me pegó un machetazo […] y este año me pegó una puñalada acá […]. Por más tarde dura dos meses sin pegarme y los últimos golpes fueron el miércoles pasado a las dos de la mañana y ayer también me pegó como a las cuatro de la mañana". Además, anota el expediente, el marido "incumple las obligaciones alimentarias, se va de la casa durante largos períodos y regresa diciendo que tiene más mujeres".

66 Basada en el testimonio de la víctima, complementado con las señas, marcas y cicatrices que ella misma mostró ante el juez, la Corte considera "probado que la accionante ha sido objeto de numerosas agresiones físicas por parte de su compañero permanente".

la violencia sufrida por la víctima, ni mucho menos por ofrecer una teoría para explicarla. Las consideraciones legales son escuetas.[67] La justificación para proteger sus derechos por medio de una tutela contra particulares también es simple: la figura de "estado de indefensión".[68] El fallo es concreto y focalizado.[69] La simple comparación entre esta sentencia y las más recientes sobre el mismo fenómeno, en las que prima la historia de la opresión patriarcal y del marco legal para combatir las violencias contra la mujer, ilustran el planteamiento de que la Corte fue adoptando el discurso activista, universal, generalizante, político y deductivo —de arriba hacia abajo—, en detrimento del afán por entender a fondo cada caso particular, solucionando problemas concretos, acumulando conocimiento de manera inductiva —de abajo hacia arriba—.[70] En esa sentencia de 1994, pragmática y modesta en sus pretensiones, no encajaría una anotación reciente como "es necesario analizar las agresiones como sucesos que contribuyen a conservar la desigualdad y no como hechos domésticos aislados, lo que a su vez exige cuestionar la sociedad en la que se desarrollan los actos violentos".[71]

La infidelidad matrimonial

La Ley 25 de 1992 consideraba como causal de divorcio las relaciones extramatrimoniales de uno de los cónyuges, "salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado". La Corte declaró inconstitucional esa condición.[72] Unos años después, la Corte se opuso a la pretensión de que

---

67 "Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley [...]. El derecho a no ser agredido y el correlativo deber de no atacarse son reconocidos y exigidos simultáneamente a ambos cónyuges o compañeros, independientemente de su sexo, pues los artículos 42 y 43 de la Constitución proclaman la igualdad del hombre y la mujer en deberes y derechos".

68 "Que hace viable la tutela, por cuanto en el ámbito hogareño la quejosa está a merced de la fuerza física y la voluntad del varón, quien abusa de sus ventajas para ofenderla y maltratarla".

69 La Corte resuelve ordenar a Manuel López cesar los ataques, advirtiéndole que el desacato le acarreará, "cada vez que en él incurra", las sanciones establecidas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991. Además, conmina a las autoridades de policía del vecindario de la afectada a que "ejerzan vigilancia permanente y cercana sobre la conducta" del agresor. El objetivo fue resolver un conflicto de pareja específico, no hacer política pública.

70 En Mauricio Rubio, *La catedral y el bazar: reflexiones profanas sobre la justicia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), se propone diferenciar la aproximación catedral (de arriba hacia abajo) del enfoque bazar (de abajo hacia arriba) y se argumenta que la jurisdicción constitucional colombiana es una extraña mezcla de bazar —muchas tutelas informales— con cardenales: magistrados que hacen política pública escogiendo informalmente las tutelas para revisión.

71 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-878/14 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

72 Puesto que "el legislador se está inmiscuyendo en el fuero íntimo de los cónyuges, en el devenir de sus emociones y sus afectos […], de esa manera atribuye a estas emociones, afectos

las relaciones extramatrimoniales como causal de divorcio iban contra el principio de dignidad y los derechos a la igualdad, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad.[73] Otra sentencia de 2014 plantea que las "constantes y sistemáticas conductas de intimidación, desprecio, chantaje, humillación, insultos y/o amenazas" son "una realidad mucho más extensa y silenciosa, incluso, que la violencia física y puede considerarse como un antecedente de esta".[74] Más que una definición, se plantea una hipótesis, sin hacer alusión a la evidencia que la sustenta.[75] A pesar de que la Corte señala que el adulterio deteriora la relación afectiva y causa inestabilidad, en estas sentencias referentes a la infidelidad la Corte no menciona explícitamente los celos, ni la posibilidad de violencia asociada ellos.

En mayo de 2015, una sentencia del Consejo de Estado[76] precisó las nociones de *deterioro* e *inestabilidad* señaladas por la Corte, al considerar que la infidelidad conyugal es también una forma de maltrato a la mujer. La novedosa doctrina, formulada a raíz del asesinato[77] de Gloria por su esposo, Nicolás, dragoneante de policía, fue poco discutida públicamente. El somero cubrimiento del caso por los medios no dio cuenta de varios detalles que indican que los celos de ella, sumados a los del esposo, condujeron al fatal desenlace.[78] Más que adquirir conciencia sobre la sumisión

---

y esfuerzos propios de una relación esencialmente mutante y vital unos efectos definitivos e ignora que estas formas de aceptación y justificación de conductas ofensivas que en muchos casos pueden ser admitidas por el ofendido sin que él tenga real conciencia del daño que ha sufrido. Conciencia que puede cobrar fuerza con el paso de los años y transformar en intolerable lo que en otro momento se consideró aceptable o justificable". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-660/00 (M. P. Álvaro Tafur Galvis).

73 "La infidelidad deteriora la relación afectiva y es causa de la inestabilidad familiar, razón por la cual, a través de la causal de divorcio invocada, se busca proteger esos intereses jurídicos". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-821/05 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

74 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-967/14 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

75 La Encuesta Nacional de Demografía y Salud de 2015 corrobora la primera parte de la afirmación, que la violencia psicológica es la más extendida, pero ignora el hecho de que en Colombia las mujeres son no solo víctimas sino victimarias de ese tipo de violencia, aun más que los hombres. Ministerio de Salud y Protección Social y Profamilia, *Encuesta nacional de demografía y salud*, *op. cit.*, tomo 2, cuadro 14.1.1.

76 Consejo de Estado de Colombia, Sentencia Anaceneth y otros contra Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, proceso n.º 17001-23-31-000-2000-01183-01 (26958), 28 de mayo de 2015.

77 En las diligencias judiciales fue debatido si se trataba de un homicidio o de un suicidio inducido. Consejo de Estado, Sentencia Anaceneth y otros contra Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, *op. cit.*

78 Se trataba de una mujer cuyo marido mantenía recurrentes relaciones amorosas con jóvenes, incluso menores de edad. A su casa "habían ido muchachas a contarle que [él] andaba con muchachas y ahí fue cuando comenzó a vivir maluco". La infidelidad "trascendió el ámbito doméstico, hasta el punto que el Comandante de la Estación de Policía local se vio obligado a llamarle la atención al dragoneante, en varias oportunidades". La muerte de Gloria, según varios vecinos, estuvo precedida de una intensa pelea con Nicolás. Antes, ella le habría manifestado a

histórica de las mujeres, a Gloria tal vez le hubiera ayudado una terapia de pareja abordando explícitamente los problemas específicos que la atormentaban: la infidelidad de Nicolás y los celos aparentemente normales de ella y delirantes de él.[79]

En la Sentencia T-012 de 2016, la Corte parece acoger esta doctrina del Consejo de Estado, al referirse a "los celos como causal de divorcio, concluyendo que dichos eventos constituyen violencia física y/o psicológica".[80]

Hombres celosos y violentos

La Sentencia T-967 de 2014 también tiene que ver con celos masculinos violentos. Antes de contraer matrimonio civil, Diana mantuvo con Jorge un noviazgo de nueve años, caracterizado por "celos desmedidos y maltrato psicológico y físico".[81] Un dictamen de Medicina Legal destacó un "funcionamiento celotípico machista, que se complementa a su vez con una acomodación de la mujer que implica pasividad y dependencia". La

---

su suegra que "haría algo que le doliera a él por sus infidelidades". Aunque la desconfianza de él parecía infundada, había bastado para golpearla repetidamente durante el matrimonio. Un amigo y vecino relató que en una ocasión Nicolás "había llegado muerto de celos y la había golpeado […]. Me constó verla con el morado en la cara, antes de eso ella comentaba que [él] la echaba, que se fuera". Otra persona que los conoció desde novios anota que "después me di cuenta que se había ido a vivir con él, que le daba muy malos tratos porque la aporreaba […]. Yo no llegué a presenciar —maltrato—, de pronto con los ojos morados que se la encontraba uno por ahí y la veía aporreada, me decía la gente, los vecinos, que ese señor le pegaba". Consejo de Estado, Sentencia Anaceneth y otros contra Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, *op. cit.*

79 Para la diferencia entre celos normales, que puede sufrir cualquiera, y excepcionales o patológicos, véase, por ejemplo, Gregory White y Paul Mullen, *Jealousy: Theory, research and clinical strategies* (Nueva York: Guilford Press, 1989).

80 Paradójicamente, esa sentencia abordaba un caso de violencia de pareja que, según los testimonios, tenía poco que ver con los celos, que definitivamente no son la única motivación para los ataques contra la mujer por su esposo o compañero.

81 Jorge mostraba "actitudes intimidantes, obsesivas, celosas, machistas y dominantes frente a ella", que empeoraban con el trago. Un día, tras un ataque de celos, Jorge sacó a su hija mayor del jardín infantil para hacer una prueba de ADN que confirmara su paternidad. El resultado fue positivo, pero Diana decidió irse de la casa y presentar una demanda de divorcio. Citó a Jorge ante una Comisaría de Familia para conciliar alimentos y regular las visitas a su hija. Los cónyuges decidieron ir a terapia de pareja y reiniciar la relación marital. Ella regresó al hogar y meses después nació la segunda hija. Diana empezó a trabajar en un cargo que implicaba viajar fuera de la ciudad. Los celos de su esposo se agudizaron y él buscó evitar a toda costa que ella se desplazara. Ella no volvió a salir al mediodía. La actitud "infundada e injusta" de él fue sistemática y llegó a manifestaciones físicas: la golpeó cuando discutieron porque ella quería asistir a una reunión social de la oficina. Diana denunció las agresiones. La Fiscalía solicitó entrevistas psiquiátricas a ambos cónyuges. La incertidumbre sobre la paternidad, un temor exclusivamente masculino, es una de las varias diferencias con los celos femeninos, que ayudaría a explicar sus distintas manifestaciones e incluso, según algunos autores, las asimetrías en la legislación sobre adulterio. David Buss, *The dangerous passion* (Londres: Bloombury, 2000).

justicia subestimó esta historia bien documentada de celotipia intensa, recurrente, predecible y violenta, por debilidad de las pruebas para la demanda de divorcio que interpuso Diana ante un juzgado de familia. Quien calificó de improcedente su demanda fue una mujer, y la afectada tuvo que interponer una tutela, que fue negada en primera y segunda instancia y luego revisada por la Corte. Fuera de Medicina Legal, en ninguna de las diligencias, alguien se interesó por Jorge y sus celos enfermizos. Ni la academia, ni la militancia —consultadas por la Corte para la revisión de la tutela—, ni distintas instancias de un Estado cuya altísima prioridad es proteger a la mujer de todas las formas de violencia se apartaron del supuesto de que se trataba de un hombre machista como cualquier otro. Se le dio prioridad a recordar la tradición patriarcal sobre, por ejemplo, una terapia para ese agresor individual con varios síntomas de celotipia enfermiza.

Otro caso de relaciones de pareja marcadas por lo celos es el de María, una célebre anfitriona de un programa de entrevistas en televisión que sufría maltrato severo en su hogar y que rompió su silencio públicamente en 2004.[82] El agresor fue arrestado y condenado por malos tratos, pero María piensa que es difícil romper la dinámica sin comprender lo que pasa. Según ella, se trata siempre de eventos insignificantes que nadie denunciaría pero que conducen a otros más serios.[83] "Sus celos y deseo de control siempre estuvieron presentes", anota María.

Siendo más violenta, la historia de María es similar a la de Diana. En ambos casos se trata de parejas educadas, profesionales y corroídas por un flagelo similar: un celoso delirante que en algún momento duda de la paternidad de sus hijos, que le reprocha a la esposa una supuesta sexualidad descontrolada, la insulta, la golpea, y ella se adapta. María podría ser otra

---

82 "Quienes hemos estado expuestas debemos hablar". Dos años antes, María había acudido a la justicia. Ya estaba separada, pero una conversación telefónica con su exesposo fue tan amenazante que temió por su vida. En la comisaría de familia contó que el gran amor de su vida, el padre de sus hijos, la maltrató durante diez años. Estando embarazada, la golpeó hasta hacerle perder el sentido. (El maltrato a las mujeres embarazadas, o que han dado recientemente a luz, corriente en América Latina, es otra manifestación de la típica incertidumbre masculina sobre la paternidad de la prole. La explicación alternativa para esta violencia tan peculiar, que es otro producto del patriarcado, no aguanta un análisis riguroso.) Posteriormente él podía agredirla por algo tan nimio como darle al hijo comida "inadecuada". El resumen de la denuncia —de ocho horas— señala que "el abuso físico ha empeorado con el tiempo y se ha vuelto más intenso. Por ejemplo, si N. N. [el compañero] bebió alcohol, los golpes estarán a la orden del día". Cecilia Garne, "Min man slog mig i tio år" ("Mi esposo me golpeó durante diez años"), *Expressen*, 7 de marzo de 2004.

83 La dinámica fue tormentosa. Algunas veces ella se atrevió a devolver el golpe, aunque siempre sintió que estaba en desventaja. Supo que no era la primera en soportar a ese hombre. La justicia llamó a declarar a una exnovia, que contó que años atrás fue golpeada por N. N.: le rompió el pómulo y terminó en el hospital. Ibíd.

de las tantas colombianas o latinoamericanas que sufren una cultura en extremo machista, plagada de taras patriarcales. Lo desconcertante es que María Carlshamre viviera su drama en Suecia —sociedad con equidad de género ejemplar en todos los ámbitos— y, por otro lado, que las agresiones sufridas en su hogar no fueran excepcionales, como ella misma sugiere. La información disponible para todos los países escandinavos lo confirma. La llamada *paradoja nórdica* —indicadores insuperables de igualdad con violencia contra la mujer más aguda que en el resto de Europa— sorprende a todo el mundo: burocracia, ONG, feminismo y academia.[84]

La obsesión por la dimensión histórica y política de las relaciones de pareja, el afán por atribuir todos los problemas al patriarcado y la tendencia a supeditar las teorías o explicaciones a consideraciones normativas han contribuido a silenciar el factor más protuberante en la vida cotidiana de Gloria, María, Diana y millones de mujeres en el mundo: celos patológicos de su compañero, que no son normales ni podrán mitigarse ignorándolos. La causal de los celos ha sido subestimada por, supuestamente, legitimar la violencia de pareja. Pero se trata de una desafortunada confusión entre lo normativo —la pasión como atenuante de la sanción penal— y lo descriptivo, que es un factor determinante e indispensable para entender, y por lo tanto para prevenir, la violencia de pareja.[85]

La paradoja nórdica

Hace décadas los países escandinavos son el modelo a seguir en igualdad de género. En un *ranking* mundial del 2015 Suecia ocupó el cuarto lugar —después de Islandia, Dinamarca y Finlandia— en términos de "aprovechamiento del talento femenino".[86] Un aspecto muy publicitado por los movimientos feministas en todo el mundo ha sido la política sueca de

---

84 Silvia Blanco, "Suecia: ¿paraíso de la igualdad?", *El País Semanal*, 5 de marzo de 2017.

85 "La resistencia a reconocer las diferencias biológicas en el comportamiento surge del temor a las consecuencias de vincular estas diferencias con tres supuestos claramente erróneos: 1) que lo natural es bueno, 2) que lo natural es correcto, y 3) que lo que es biológicamente basado es imposible de modificar". Marta Iglesias, "Why feminists must understand evolution", *Quillette*, 29 de octubre de 2017.

86 De acuerdo con el Global Gender Gap Report, calculado por el Foro Económico Mundial. El *ranking* está basado en una amplia batería de indicadores económicos, educativos, sanitarios y políticos. La igualdad no solo se mide por indicadores cuantitativos. World Economic Forum, Global Gender Gap Report (2015), https://bit.ly/1NcSXPO. "Los suecos llevan décadas experimentando políticas para reducir la brecha de género. Tienen un Gobierno feminista y el esfuerzo por la equidad se extiende por escuelas, casas y oficinas". Allí los permisos de baja laboral para la crianza no son por paternidad o maternidad. En total hay 480 días de licencia que la pareja reparte de manera flexible entre ambos, con tres meses exclusivos para la madre y otro tanto para el padre. De esta forma se garantiza que el cuidado infantil no sea una responsabilidad exclusivamente femenina. Así, "las políticas para corregir la brecha de género son

penalización de los clientes de la prostitución. Se ha dado por descontado que esta medida, sumada a los demás esfuerzos por reducir la desigualdad de género, contribuye a disminuir la violencia física contra las mujeres.[87] A pesar de lo anterior, diversas encuestas muestran que en ese país tan igualitario, la violencia de género no cede.[88] Esta "paradoja nórdica" no es una exclusividad sueca: según la primera encuesta sobre violencia contra la mujer, realizada con la misma metodología en los 28 Estados miembros de la Unión Europea, los países escandinavos que puntean en igualdad también encabezan el reporte de violencia contra las mujeres.[89]

Queda claro que los esfuerzos orientados a "cambiar mentalidades", a erradicar la cultura patriarcal, un logro que en Escandinavia se percibe en todos los indicadores de igualdad, son insuficientes para aliviar o controlar la violencia de pareja. La teoría predominante no da cuenta de esa manifestación del machismo.

Celos, violencia de pareja y feminicidio

Los casos de Diana y María, en los que la violencia la ejerce alguien cercano (el padre de sus hijos), no son excepcionales, y con frecuencia se agravan. A principios de 2005, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) consideró que la persecución de tres años que Alexander, celoso enfermizo, le hizo a Sandra, madre de su hija de ocho años, para matarla de una puñalada, no fue un crimen pasional, sino un feminicidio, un "homicidio contra una mujer por razones de género".[90]

---

una parte estratégica de la construcción del Estado de Bienestar desde hace décadas". Blanco, "Suecia: ¿paraíso de la igualdad?", *op. cit.*

87 Defendiendo su debatida propuesta de adoptar el modelo sueco para acabar con la prostitución colombiana, Clara Rojas afirmó que esa medida "bajaría los niveles de feminicidios". "Clara Rojas dice que acabar con prostitución bajaría niveles de feminicidios", *360 Radio*, 8 de agosto de 2017.

88 En Suecia, el 46% de las mujeres han sufrido violencia, cifra superior en 13% al promedio de la Unión Europea (UE). European Institute for Gender Equality, "Combating violence against women", 15 de febrero de 2016.

89 El ejercicio se basó en entrevistas a 42000 mujeres de toda la Unión Europea, a las que se les preguntó sobre sus experiencias de violencia física, sexual y psicológica, incluidos los incidentes de violencia de pareja o doméstica.

90 El máximo tribunal consideró que la motivación del agresor era la discriminación y la dominación: "No es una historia de amor, sino de sometimiento de una mujer por un hombre que la considera subordinada". Karina González, "Corte dicta primera condena sobre caso de feminicidio", *El Heraldo*, 10 de marzo de 2015. Esa sentencia anuló otra del Tribunal Superior de Medellín que había reducido la pena original contra Alexander, de 23 años, por homicidio agravado, a solo 18, porque el asesino "dio muerte a su pareja por cuestiones pasionales relacionadas con los celos que sentía". "El crimen que la Corte no declaró como homicidio sino como feminicidio", *El Tiempo*, 9 de marzo de 2015. Ya en el 2009 Alexander había intentado

En la Sentencia C-297 de 2016 la Corte Constitucional responde una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley Rosa Elvira Cely, que creó el tipo penal de feminicidio como delito autónomo. Este delito se diferencia del homicidio en el elemento subjetivo del tipo, la conducta debe necesariamente estar motivada "por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género".[91] En la sentencia se hace una detenida consideración de los elementos probatorios para "verificar la intención de dar muerte por razón de género". En particular, señala la Corte, la adecuación típica de la conducta "debe abordarse a la luz del móvil". Para que se pueda tipificar el feminicidio, es necesaria la "inclusión de circunstancias contextuales como elementos descriptivos del tipo, como los indicios, antecedentes y amenazas contra la mujer".[92]

En la exposición de motivos de la ley se acoge la Convención de Belém do Pará.[93] Se hace énfasis en que el feminicidio "no puede seguir siendo considerado un hecho aislado, fortuito, excepcional, o un acto pasional".[94] En su diagnóstico de la violencia contra la mujer, la Corte hace a un lado sus consideraciones sobre las motivaciones individuales para señalar que "se fundamenta en prejuicios y estereotipos de género. Estos, a su vez, se desprenden del lugar histórico que la mujer ha cumplido en la sociedad, generalmente ligado a su función reproductiva y a labores domésticas como la limpieza y la crianza". A pesar del énfasis puesto por la misma Corte en los "indicios, antecedentes y amenazas" para inferir motivaciones, que necesariamente son individuales, en la Sentencia T-818 de 2014, luego de una revisión esencialmente jurídica de las leyes y de la jurisprudencia para controlar la violencia contra la mujer, se señala que "los hombres recurren a la violencia física en contra de las mujeres para reafirmar su poder patriarcal o para lograr que aquellas se comporten según los roles femeninos acostumbrados, infundiendo miedo y terror para eliminar

---

matar a Sandra con un cuchillo. "No son crímenes pasionales, son feminicidios", *El Espectador*, 9 de marzo de 2015.

91 Para inferir la existencia del móvil la ley señala que debe haber "antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no". Citado por Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-297/16 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

92 Aclara la Corte que "no todas las acciones previas a un hecho generan una cadena de violencia que cree un patrón de discriminación que demuestre la intención de matar por razones de género".

93 Según la cual: "este tipo penal se basa en una ideología discriminatoria fundamentada en la desvalorización de la condición humana y social de la mujer".

94 Por el contrario, se debe considerar como "la real manifestación de la opresión y el eslabón final del *continuum* de las violencias contra las mujeres que culminan con la muerte".

futuras amenazas a su autoridad".[95] En forma similar al activismo, la Corte endosa así una extraña teoría criminológica no solo incontrastable con la evidencia fáctica, con la observación sistemática y rigurosa de actuaciones individuales, sino basada en supuestos doctrinarios sobre cómo y por qué se comporta el género masculino en general.

Pensando en la importancia de prevenir todas las formas de violencia contra las mujeres, vale la pena comparar la pertinencia de esta teoría global con un ejemplo de descripción específica de los riesgos de comportamiento violento de un hombre de carne y hueso hecha por el Grupo Nacional de Psiquiatría y Psicología Forense de Medicina Legal luego de analizar los testimonios de un expediente[96] y preguntarse cuál de estas aproximaciones, la deductiva o la inductiva, es más conducente para prevenir ese tipo de ataques.

Los celos como atenuantes de la pena por una agresión son un arcaísmo que por años contribuyó a la impunidad de tales ataques. La disculpa de la "ira e intenso dolor", introducida por y para hombres, fue tan desacertada como sería una reducción del castigo para homicidios motivados por otra pasión, la venganza. La Corte reconoce que esa falta de protección legal a los derechos de la mujer ya se superó;[97] pero una cosa es rechazar los celos como elemento para evitar la acción de la justicia o suavizar las penas y otra bien distinta desconocer su importancia como motor de reacciones dañinas, peligrosas y, a veces, mortales. Insistir en desdeñar la "pasión inconfesable" hace aún más difícil la prevención de los ataques asociados con ella.[98] Nada permite afirmar que el afán irracional de posesión y sometimiento de algunos hombres es de índole política, y que va dirigido

---

95 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-878/14 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

96 "Comportamientos agresivos bajo efectos del alcohol, violencia anterior contra desconocidos o conocidos no familiares, el hecho de tener muchas parejas o de inspirar sospechas de infidelidad en la pareja, posesividad y control. Asimismo y, no menos importante, la tenencia y porte de armas dentro del escenario familiar". Consejo de Estado, Sentencia Anaceneth y otros contra Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, *op. cit.*

97 "Por muchos años esta desigualdad estructural fue tolerada y aceptada bajo la presunción de que lo que sucedía en el ámbito privado escapaba la intervención estatal y de que estos roles y dinámicas eran apropiados. No obstante, las protecciones constitucionales vigentes han abandonado radicalmente esa postura para identificar claramente esos tratos como discriminatorios y como una violación de los derechos de las mujeres". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-297/16 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

98 En forma adicional a la reducción de la pena para los "crímenes pasionales", el feminismo norteamericano los ha considerado una reacción inapropiada. La periodista Karen Durbin, representante de la primera generación de mujeres sexualmente liberadas, describe someramente ese proceso. El movimiento feminista cambió las actitudes hacia el sexo, y la monogamia misma fue criticada. El argumento era que si una mujer se comprometía con un solo hombre estaba colaborando con su propia opresión. Así, "un ataque a la monogamia es implícitamente un ataque a la fidelidad sexual que, a su vez, hace que los celos sean indefendibles". Karen Durbin, "On sexual jealousy", *The Village Voice*, 18 de octubre de 1973.

contra el género femenino en general; es más parsimonioso señalar que su esencia es sexual y se centra en una sola mujer, la que los enamoró, casi siempre la madre de sus hijos. Ignorar la esencia de un trastorno no ayuda a superarlo y, en últimas, silenciar una dolencia que ocasionalmente puede ser grave dificulta proteger a las mujeres de esos ataques, incluso —como indica la paradoja nórdica— cuando se han superado prácticamente todas las demás manifestaciones de la desigualdad.

La Corte hace énfasis en que la tipificación del feminicidio exige conocimiento sobre "violencia anterior al homicidio de una mujer". Esta condición parecería destacar el feminicidio en el entorno cercano a la víctima, y más específicamente en su compañero sentimental. Si a eso se suma la obligación de los Estados de *prevenir* la violencia contra las mujeres, se hace evidente el desacierto de restarle importancia a los celos. En casos como el de Sandra, si la celotipia se hubiera tomado en serio, tal vez un acompañamiento psiquiátrico, psicológico, incluso farmacológico del victimario, hubiese contribuido a evitar esa muerte, y muchas otras. En la Sentencia T-590 de 2017 la Corte ordena a un agresor reincidente con celos enfermizos asistir a un proceso *psicoterapéutico*,[99] callando de nuevo la inaceptable pasión, reitera la explicación tradicional sobre las causas de la violencia contra las mujeres[100] y conmina a los administradores de justicia a tenerlos en cuenta como criterios diferenciadores.[101]

A pesar de que la Corte le asigna particular importancia a la "motivación" de la conducta en la tipificación del feminicidio, no reconoce explícitamente aquella que aparece de manera recurrente en la violencia de pareja, que difiere sustancialmente de otras formas de violencia contra la mujer, y para la cual no parece procedente aducir asuntos históricos o sociales, como la discriminación. Básicamente porque no está claro el mecanismo a través del cual la cultura colectiva se convierte en motivación personal para la acción.[102]

---

99 "Orientado a la adquisición o fortalecimiento de habilidades para la comunicación efectiva con su hija, manejo de la asertividad y expresión de sentimientos, como también para evaluar, diagnosticar y trabajar áreas de ajuste que sean un factor de riesgo para su bienestar, el de su excompañera y su hija".

100 Como "manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, a la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo".

101 Sin mencionar las dificultades específicas, por ejemplo, la renuencia para denunciar o para obtener testimonios, se ordena investigar los hechos de violencia contra la mujer "con base en criterios diferenciadores de género, con el propósito de prevenir y erradicar toda forma de violencia contra la mujer".

102 Mario Bunge, "How does it work? The search for explanatory mechanisms", *Philosophy of the Social Sciences* 34, n.º 2 (2004): 182-210.

Los relatos de prensa de distintos países, así como los testimonios de policías, fiscales, médicos legistas y entrevistas a los asesinos de sus parejas[103] sobre las motivaciones de los homicidios sugieren reiteradamente que las más comunes tienen que ver con los celos y, más específicamente, con los del hombre, en forma independiente de quién termina muerto.[104] En Colombia, en el 37,2% de los casos de violencia de pareja contra las mujeres que llegaron a Medicina Legal en 2015 el "factor desencadenante de la agresión" fueron los "celos, la desconfianza y la infidelidad".[105]

Aunque la proporción de acciones violentas por celos pueda no ser muy alta, es crucial no ignorarlos por las consecuencias devastadoras, incluso letales, que podrían prevenirse. Las observaciones anteriores no equivalen a sugerir que los celos son un asunto exclusivamente individual: se trata también de un fenómeno con un importante componente social y cultural, que define cuáles son los incidentes que se consideran una amenaza a la pareja y que restringe las opciones válidas para responder.[106]

Violencia psicológica y celos

Entre los ataques que normalmente se agrupan como violencia psicológica hay varias conductas típicas de los hombres celosos.[107] Una revisión de

---

103 Ayala Malach Pines, *Romantic jealousy: Causes, symptons, cures* (Nueva York: Routledge, 1998).

104 Martin Daly y Margo Wilson, *Homicide* (Nueva York: Aldine de Gruyter, 1988). Un minucioso estudio realizado en Canadá indica que "la mayor fuente de conflicto en el grueso de los asesinatos de pareja es que el marido sepa, o sospeche, que la esposa es infiel o intenta dejarlo. El análisis de los casos de violencia no letal y maltrato crónico apunta a la misma causa". Ibíd. En una muestra de 71 asesinatos y 39 tentativas en Reino Unido se encontró que el 85% fueron provocados por los celos. Pines, *Romantic jealousy: Causes, symptons, cures*, *op. cit.*, 269. Para conflictos menos violentos, una encuesta realizada entre consejeros matrimoniales norteamericanos mostró que la tercera parte de las parejas que acuden a terapia tienen problemas con los celos. White y Mullen, *Jealousy: Theory, research and clinical strategies*, *op. cit.*

105 Entre las víctimas masculinas, el porcentaje es de 32,6%. Los porcentajes se refieren a los casos en los que se reportó esa información. María Acosta Vélez, *Comportamiento de la violencia de pareja: Colombia* (Bogotá: Fundación Ideas para la Paz, 2015), 301.

106 Pines, *Romantic jealousy: Causes, symptons, cures*, *op. cit.*, 114.

107 En la Sentencia T-967/14 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado) se menciona un estudio de la OMS en el cual se identifican los actos específicos que "son constitutivos de maltrato psicológico" y que se pueden considerar característicos de un celoso delirante. En la encuesta sobre violencia contra la mujer realizada en países de la Unión Europea, las preguntas sobre este tipo de agresión contemplan asuntos como "restricción de movilidad y celos o sospechas", similares a los que abundan en los testimonios sobre parejos celosos. En esa encuesta, las preguntas específicas que reflejan conductas recurrentes en la celotipia son: 1) insistir en saber dónde está ella de una manera que va más allá de la preocupación general, 2) ponerse bravo si ella habla con otro hombre/mujer, 3) sospechar que ella está siendo infiel, 4) tratar de impedirle que vea amigos y 5) tratar de restringir el contacto con su familia o parientes. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Violence against women: an EU-based survey. Main Results* (Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2014), 72-75.

la literatura sobre este tipo de agresión considera dentro de las tácticas deliberadas "acusar a la personas de tener aventuras o flirtear con otros, supervisar sus actividades y exigir que la persona reporte cada momento de su jornada".[108] Así, sin mencionarlos explícitamente, se reconoce la importancia de los celos.

Es común señalar que entre la violencia psicológica y la física hay una estrecha asociación. Sin embargo, para la política pública o la jurisprudencia, una simple correlación no basta: se requiere una teoría satisfactoria sobre el sentido de la causalidad y claridad sobre los antecedentes, las razones y motivaciones de los agresores para intervenir los detonantes de ciertas conductas. El concepto de violencia psicológica es reciente, de los años noventa, y se ha usado en contextos disímiles, como el entorno laboral[109] y la educación de menores. Está menos estudiada que otras formas de violencia, y esto se debe en parte a la falta de acuerdo sobre cómo medirla y, en particular, cómo compararla entre distintos contextos o culturas.[110] En Colombia, el reporte de haber sufrido violencia psicológica en la pareja es mayor entre los hombres que entre las mujeres,[111] y no sería fácil inferir esa conceptualización de los testimonios concretos de mujeres seriamente agredidas que abundan en referencias explícitas a los celos, un tema tan antiguo y universal como recurrente, que además de ofrecer una interpretación más parsimoniosa de los ataques de pareja, entendible por cualquier persona, podría ser más conducente a intervenciones preventivas.

En uno de los casos iniciales de violencia doméstica que llegaron a la Corte, María Esther señala que Manuel la "ataca verbalmente por causa de los celos".[112] Algo similar padecía el dragoneante Nicolás, que asesinó a su esposa, Gloria.[113] Jorge, el marido que vigilaba obsesivamente a Diana,

---

108 Deborah Doherty y Berglund, *Psychological abuse: A discussion paper* (Ottawa, Minister of Health, 2012).

109 Laïla Salah-Eddine, "La reconnaissance du harcèlement moral au travail: une manifestation de la 'psychologisation' du social?" (2010), https://bit.ly/2DBITQe

110 European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Violence against women…*, *op. cit.* Cuando en Francia se discutía su penalización para controlar la violencia doméstica, hubo críticas por la dificultad de tipificar la conducta, de probarla y los posibles sesgos para intervenir. Se temía, sobre todo, que la policía la utilizara como disculpa para discriminar los hogares de inmigrantes. Bruce Crumley, "French bid to ban marital abuse that's psychological", *Time*, 9 de enero de 2010.

111 La ENDS 2015 considera cuatro tipos de violencia en la pareja: psicológica, física, económica y sexual. La primera es la única para la cual la proporción de los hombres que la han sufrido alguna vez (74,4%) es mayor que la de las mujeres (64,1%). Ministerio de Salud y Protección Social y Profamilia, *Encuesta nacional de demografía y salud*, *op. cit.*, tomo 2, cuadro 14.1.1.

112 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-487/94 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

113 Le había advertido a una de sus novias: "Yo cuando estoy borracho pierdo el control y con rabia mato a una persona y ni cuenta me doy, porque borracho soy capaz de matar a cualquiera, no importa el que sea". Según una de las investigadoras del caso, los testimonios coinciden en

también era celoso enfermizo.[114] En el relato de María, la periodista sueca, abundan las alusiones a la celotipia de su esposo.[115] Un estudiante universitario que agredió físicamente a su novia explotó cuando ella hablaba por teléfono con su exesposo.[116] En todos estos testimonios, las afectadas se refieren insistentemente y de manera explícita a los celos de quien las maltrató, ninguna lo acusa por violencia psicológica, un término impreciso y poco usual. Para cualquier mujer que busque no ser violentada por su pareja tiene más sentido recomendarle evitar hombres demasiado celosos que "agresores psicológicos". Para una persona que labore en cualquiera de las entidades de atención a mujeres con conflictos domésticos también parece más simple y expedito mencionarles los celos como señal de alarma del maltrato físico que la violencia psicológica.

De manera análoga, en la jurisprudencia constitucional, una de cuyas cualidades debería ser la parsimonia y la inteligibilidad para quienes sienten vulnerados sus derechos, en forma independiente de su nivel educativo, parecería sensato adoptar el lenguaje hablado, común y corriente, en lugar

---

que Nicolás era celoso compulsivo. "Es una persona manipuladora y que cohibía mucho a su esposa de salir a la calle y la controlaba demasiado, tanto que cuando ella estaba en el andén de su casa jugando con su hija y lo veía llegar, se entraba de inmediato por el temor que le tenía". Sentencia Anaceneth y otros contra Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, *op. cit.*

114 Le revisaba las carteras y la ropa, verificaba su forma de vestir y le reprochaba constantemente "ser prepago y no asumir su rol de esposa y madre". Las manifestaciones de celos son recurrentes en el expediente. En una fiesta, la acusó de esconderse en el baño con otro hombre: armó un escándalo, le gritó, la insultó delante de todos y se fue. Diana resultó aislada de sus parientes, incluso de la hermana y el cuñado, que vivían cerca pero dejaron de visitarla: Jorge no quería recibirlos. La recriminaba por "coquetear" con sus compañeros de trabajo y con "todo aquel que se cruce en su carrera o en su vida". Le advertía que iba a "levantar a golpes a ese fulano con el que almorzaba". Constantemente le imputaba que "quien sabe con qué favores" lograba tantos viajes de trabajo. La acusó incluso de sostener relaciones con el fiscal general y el vicefiscal. En un desplazamiento a Cartagena, ella quiso llevar a sus hijas para pasar el fin de semana. Ante la propuesta, su esposo reaccionó "agresiva y posesivamente"; dijo que ella inventaba esos viajes y usaba a las niñas para "hacer de las suyas". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-967/14 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

115 Ella aprendió a eludir ciertas situaciones para evitar la furia y los golpes. Desde los inicios de la relación, en medio de esa maravillosa etapa, "él se pone celoso porque tenías demasiado cerca a otro hombre en una fiesta […]. Yo no entiendo lo que te molesta, pero ok, si eso es tan importante para ti, me adapto". A partir de allí, él no quiere que ella vaya a ciertas reuniones, porque los asistentes "pueden pensar que es muy sexy". Incluso los insultos, como el de "prepago", de Jorge, tenían una connotación sexual: "maldito coño", "puta desgraciada". Garne, "Min man slog mig i tio år", *op. cit.* Eran similares a los de Alexander, el asesino de Sandra, que gritaba cuando se emborrachaba: "perra sucia, te voy a matar". La amenazaba con que solo "sobre su cadáver" podría conseguir otro hombre.

116 Le espetó que "era una perra, me dijo que era una solapada […], que me iba a trasquilar y que si yo le meto cacho o le soy infiel me manda a rapar y a afeitar la cabeza y las cejas y manda a alguien para que haga eso y nadie va a saber si fue él". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-878/14 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), que se discute más adelante.

de privilegiar términos y conceptos propuestos por una élite burocrática y académica.

Acoso sexual

En la Sentencia T-265 de 2016 la Corte resolvió una tutela interpuesta por Stella, quien, como contratista del Fondo de Vigilancia y Seguridad de la Alcaldía Mayor de Bogotá, fue víctima de acoso sexual por parte de Camilo, subgerente financiero y administrativo de esa entidad. El relato del incidente es escueto.[117] Tras el percance, empezó el viacrucis de la afectada, quien buscó desesperadamente alguna instancia que sancionara al acosador.[118] Además de largo e inoficioso, el citado proceso tuvo ribetes insólitos.[119] La Procuraduría absolvió al agresor por "duda razonable" ante la "ausencia de testigos durante el hecho de violencia sexual", como si no fuera esa, precisamente, una característica esencial de este tipo de ataques. La Corte Constitucional no entra en detalles procedimentales tan pedestres, sino que se embarca nuevamente en consideraciones bastante ajenas al entorno del acoso sexual en el trabajo.[120] Luego de extenderse en argumentos sobre por qué es importante sancionar el acoso sexual, la Corte ordena a la Procuraduría que en un plazo perentorio reconozca a la

---

117 Días después de anunciarle que la quería ayudar laboralmente, y tras haber cerrado la puerta de su oficina, a donde la había llamado, él "se baja la cremallera del pantalón y saca sus genitales y me dice que le haga sexo oral […]. De una vez me dice que pasara al baño, yo le dije que no, que él estaba loco y me levanté, cogí la carpeta y él me hace una señal desde el baño diciéndome que no responde lo que me va a pasar, yo abrí la puerta y salí de la oficina".

118 Presentó primero una queja ante el despacho del Alcalde Mayor, acudió luego a la Procuraduría General de la Nación y a la Personería. Instauró denuncia penal en la Fiscalía. Insistió ante la Procuraduría, solicitando que se iniciara una investigación, y "esa misma comunicación fue remitida al Presidente del Concejo de Bogotá, al Alcalde Mayor de Bogotá, a la Defensoría del Pueblo, a la Personería Primera Delegada de Asuntos Disciplinarios y a la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer".

119 Como exigirle a la víctima su historia clínica —incluyendo "consultas médicas de sicología y/o psiquiatría efectuadas en los últimos 18 meses"—, negarle sus pretensiones porque el incidente no había ocurrido en el marco del conflicto armado y no reconocerla como sujeto procesal dentro del trámite disciplinario.

120 Por ejemplo, recuerda cómo, desde sus inicios, "el derecho civil fue sumamente restrictivo con el papel de la mujer al punto de contener disposiciones que establecían la restricción de su ciudadanía, que para proceder al divorcio bastaba con el adulterio de la mujer frente al amancebamiento que se exigía del hombre, se les equiparaba a los menores y dementes en la administración de sus bienes, la potestad marital otorgaba al marido derechos y obligaciones sobre la persona y bienes de la mujer, el marido tenía la representación legal y el manejo exclusivo de los bienes de la sociedad conyugal y de los propios de la mujer, e incluso se obligaba a esta a tomar el apellido de su marido agregándole el suyo precedido de la partícula 'de' indicativa de pertenencia".

afectada como sujeto procesal.[121] La Corte considera que con la sentencia protegió los "derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación" de la denunciante. Efectivamente, se estableció un precedente importante tanto para participar en procesos disciplinarios como en los escasos fallos por acoso sexual.[122] A pesar de este avance, no es mucho lo que la sentencia contribuye a resolver la pepa dura de la judicialización del acoso sexual: la dificultad para recoger pruebas y testimonios, a la que la sentencia no dedica ni siquiera una breve reflexión. La Corte se limita a ordenar que en la reactivación de los procedimientos esa tarea se haga de manera idónea.[123]

En la Sentencia T-878 de 2014 la Corte resuelve una tutela sobre un incidente de violencia de pareja mezclado con acoso en el trabajo. Esperanza trabajaba como secretaria en una universidad en la que estudiaba Pablo, su novio, que la asediaba constantemente, incidiendo en su desempeño laboral. El asunto tocó fondo cuando, por fuera de la universidad, Pablo la agredió a patadas y correazos dejándola incapacitada por veinte días. Esperanza presentó una querella ante la Fiscalía por lesiones personales, en la que quedó claro el motivo de la paliza: los celos.[124] Al llevar el certificado de incapacidad, la agredida se enteró de que había sido despedida sin justa causa, con el pago de la respectiva indemnización.[125] Puso una acción de tutela, que le fue negada y llegó a revisión a la Corte. En la citada sentencia se enumeran otra vez las dificultades históricas que han enfrentado las mujeres, su "situación de desventaja en todos los ámbitos de la sociedad". No se consideraron otros posibles motivos para la descabellada decisión de

---

121 Advirtiendo "que debe desplegar una actividad probatoria exigente y diligente dentro del proceso disciplinario […] que conduzca al esclarecimiento de los hechos", sin discutir los obstáculos para hacerlo.

122 Tras la sentencia, el caso disciplinario fue archivado, pero Sisma Mujer, que representaba a la ofendida, apeló y ganó. El proceso penal contra el agresor continúa, aunque se fue del país para evadir la justicia. Comunicación con Linda María Cabrera, de Sisma Mujer.

123 En Rubio, *La catedral y el bazar…*, *op. cit.*, se hace una crítica a este "voluntarismo procedimental" de la Corte ilustrado con un ejemplo de la jurisdicción laboral.

124 Pablo no soportó que ella hablara telefónicamente con su exesposo. "Él inmediatamente tiró el teléfono […]. Después comenzó a agredirme verbalmente [...]. Me metió patadas varias veces, me dio puños [...] y comenzó a pegarme en la cara". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-878/14 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

125 Se le reprochaba haber iniciado un proceso penal entre dos integrantes de la comunidad universitaria. A su agresor simplemente lo amonestaron, le recomendaron cesar sus actitudes "recriminatorias e intimidantes", advirtiéndole que "de volver a tener conocimiento del más mínimo comportamiento suyo en tal sentido le aplicaremos las consecuencias previstas reglamentariamente". Tranquilamente, Pablo siguió matriculado. Que en la universidad se hubieran hecho investigaciones y se dictara una asignatura en "la línea de género y derecho", y que se involucrara "la Perspectiva de Género en la Formación Académica Universitaria" refleja la limitada efectividad de esa retórica transformadora cuando se trata de violencia de pareja.

la universidad, como la lógica empresarial que lleva a sus administradores a proteger ante todo a su clientela estudiantil.[126]

La sentencia de la Corte buscó por todos los medios resarcir los daños causados a Esperanza, pero no hizo lo suficiente para que el principal responsable del incidente, el agresor, recibiera el tratamiento adecuado, penal y psicológico, para prevenir eventuales ataques a otras mujeres.[127] De todas maneras, no debió ser reconfortante para Esperanza leer una sentencia, casi una disertación sobre las causas históricas de la violencia contra las mujeres, en la que no se menciona ni una sola vez lo que para ella fue transparente como detonante de la agresión que sufrió: un súbito e infundado ataque de celos de su compañero sentimental.

Nubarrones y fracturas en los activismos

Minorías heterogéneas

Una gran limitación de los activismos en materia de género es que la población que consideran discriminada es demasiado amplia y, sobre todo, en extremo heterogénea. Las categorías *mujeres* y *población LGBT* son tan disímiles que hacen imposible una teoría única para entender su comportamiento, el de sus opresores y la manera como sus derechos son afectados. Una explicación común conlleva a diagnósticos inadecuados y, por esa vía, a intervenciones desacertadas, o a darle un tratamiento igual a personas que son diferentes, otra forma de discriminación. En lugar de debatir esa fuente de sesgos e imprecisión, la Corte ha endosado algunas teorías, sin asomo de crítica.

---

126 La preocupación del centro educativo por su imagen queda clara en el disgusto que le produjo a sus directivos que ese "incidente particularmente escandaloso" ocurriera "en un hospedaje en donde habitan estudiantes del programa" y llegara al extremo de que Esperanza fuera "rescatada por la Policía Nacional cuando huía de su agresor por la vía pública", después de haber gritado para pedirle ayuda a las compañeras de apartamento de Pablo. Una simulación del tipo "qué hubiera pasado si" mostraría que no se trató simplemente de discriminación por género, sino, tal vez, de manejo mercantil con un eventual componente clasista. Basta imaginar que Esperanza fuera la estudiante que mantiene una relación con Pablo, un trabajador del mismo centro educativo, para conjeturar que la reacción ante un conflicto de esa pareja hipotética hubiera sido la opuesta: él para afuera, ella tranquila. La prioridad es alinearse con, y defender a, la clientela estudiantil en detrimento del trabajador. En tal caso, la teoría sobre la histórica sumisión de las mujeres perdería relevancia ante otras, como la clientela pudiente, que en la lógica capitalista "siempre tiene la razón".

127 En forma adicional al acto público de desagravio que se le exigió a la universidad, y a los cursos de género a los que se obligó asistir a profesores y fiscales, hubiera sido útil una orden al centro educativo —que en últimas actuó como protector del victimario— para que asumiera los honorarios de una abogada que representara a la mujer maltratada en el proceso penal contra su victimario y los de una terapia para la celotipia.

Un ejemplo es la adopción por parte de personas LGBT. Cuando en febrero de 2015 la Corte anunció que "las parejas del mismo sexo solo pueden adoptar cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente", se armó un acalorado debate. Además del activismo, protestaron varios sectores de opinión. La decisión no fue unánime en la Corte.[128] El grueso de la crítica se centró en que se trataba de una visión conservadora.[129] Dos meses más tarde, al modificarse la decisión anterior, el magistrado ponente fue categórico al afirmar que "se ha aceptado como un *hecho científico* que no resulta contrario al interés del menor el crecer en un entorno homoparental". Lo que los opositores a la primera decisión, y el comunicado a la opinión tras la segunda, se abstuvieron de aclarar es que casi la totalidad de esos estudios que indican que la adopción homosexual no tiene ningún impacto sobre el desarrollo del menor se basan en el seguimiento a parejas de lesbianas norteamericanas en las que una de ellas tiene un vínculo sanguíneo con el infante que adopta la otra.[130] Inquieta la apresurada confianza en un "hecho científico" que supone implícitamente, nada menos, que la presencia de la madre biológica es irrelevante para la crianza. Esa visión tan peculiar de ciencia, bien alejada de la que sirvió de apoyo a la Sentencia C-481 de 1998, se limita a estudios respaldados, o mejor escogidos, por el activismo, que desafían resultados de varias décadas en disciplinas tan variadas como la biología, la neurología, la psicología cognitiva, la psiquiatría, la pedagogía, la psicología social o la criminología, entre varias otras.

La falacia básica de esta que podría denominarse *ciencia militante* consiste en englobar bajo el mismo término *homoparental* el hogar de una pareja lesbiana y el de una gay, cuando se trata de dos universos distintos. Primero, porque, vale la pena insistir, el grueso de los estudios disponibles sobre impacto de la crianza se han hecho para parejas de lesbianas. De estos hogares se tiene algo de información, que aún es precaria y existe

---

128 Una síntesis completa de la evolución de la jurisprudencia sobre derechos de las parejas homosexuales, incluyendo el de adopción, puede verse en López, *Cómo se construyen los derechos…*, *op. cit.*

129 El entonces fiscal, Eduardo Montealegre, conceptuó que la Corte se había quedado corta: "Debemos separar las condiciones religiosas del derecho y esperamos un debate despojado de fundamentalismo. Hay estudios donde se indica que este tipo de adopción no afecta al menor". "Polémica por la restricción a los gays para adoptar a niños", *Notimérica-Europa Press*, 20 de febrero de 2015.

130 Véase una síntesis de la naturaleza, evolución, limitaciones y sesgos de estos estudios, así como las principales referencias en Rubio (2015b). "La discutible evidencia científica LGBT", *El Espectador*, 15 de abril de 2015. También existen testimonios sobre el impacto desfavorable de crecer en un hogar monoparental: véase Dawn Stefanowicz, *Out from under: The impact of homosexual parenting* (Enumclaw: Annotation Press, 2007), y Robert Oscar López y Riva Edelman, *Jephthah's daughters. Innocent casualties in the war for family "equality"* (Los Angeles: ICRI, 2015).

principalmente para los Estados Unidos. Segundo, porque la adopción por parte de lesbianas depende menos que la de los gays de los vientres de alquiler, que han sido restringidos, y prohibidos, en varias legislaciones.[131] La calidad del debate sobre esa figura en Colombia ha sido precaria.[132] En la Sentencia C-071 de 2015, en la que la Corte "examina integralmente las principales formas de adopción homo-biparental",[133] se ignora esa posibilidad, parte fundamental del debate sobre matrimonio y adopción igualitarias en otros países. La única mención al controvertido arreglo aparece en un salvamento de voto. En la Sentencia SU696 de 2015, que resuelve un problema de registro de los hijos de una pareja gay que ha recurrido a un vientre alquilado en los Estados Unidos, la Corte simplemente menciona ese hecho,[134] pero no discute la figura.[135]

La adopción igualitaria es tan controvertida que, según la ENDS 2015, un porcentaje importante de homosexuales en Colombia la desaprueba, sobre todo entre quienes cumplen la doble condición de vivir en unión marital y tener hijos, o sea las únicas personas que en el país saben algo sobre crianza en hogar monoparental, por haber vivido esa experiencia.[136] Los mismos datos muestran que un sector afectado es el de las lesbianas

---

131 Críticas a esta figura en Sylviane Agacinsky, *Corps en Miettes* (París: Flammarion, 2009), y France Winddance Twine, *Outsourcing the womb. Race, class, and gestational surrogay in a global market* (Nueva York: Routledge, 2011).

132 En particular, algunas falacias del activismo más académico fueron de antología. Cuando en una columna señalé que la adopción gay —un mercado global— incrementaría la demanda por madres sustitutas, Rodrigo Uprimny replicó que estaba equivocado, pues el problema "existe también para parejas heterosexuales. La adopción igualitaria y el alquiler de vientres son claramente diferenciables […]. Es un tema difícil; no lo he estudiado suficientemente". Esta afirmación equivale a decir que criticar por razones ambientales a los autobuses diesel es una equivocación, puesto que otros vehículos también usan ese combustible. Véase Mauricio Rubio, "El meollo de la adopción por parte de parejas gays", *El Espectador*, 6 de febrero de 2013; "El lunar de la adopción gay", *El Espectador*, 8 de junio de 2016, y Rodrigo Uprimny, "Adopción igualitaria y alquiler de vientres", *El Espectador*, 16 de marzo de 2013.

133 López, *Cómo se construyen los derechos…*, *op. cit.*, 198.

134 "Como resultado de dicho procedimiento médico se obtuvieron dos óvulos fecundados que luego fueron implantados en un vientre subrogado, lo que terminó en un embarazo gemelar".

135 Varias de las instituciones invitadas a suministrar información sí lo hicieron tangencialmente. El Ministerio de Relaciones Exteriores anota que "surge la duda sobre la filiación natural del menor que se pretende registrar". La Universidad Libre recordó que "las normas sobre la materia fueron promulgadas en una época donde la concepción artificial no existía por lo que no se tuvieron en cuenta las nuevas realidades que se desprenden de procedimientos como el del vientre subrogado". La Fundación ProBono Colombia, del sector de adopciones, destacó que el caso "no busca resolver o revisar la licitud de los procedimientos científicos de reproducción como la subrogación de vientres". Colombia Diversa y Dejusticia simplemente silenciaron la existencia misma de la madre subrogada, advirtiendo que "el problema jurídico del caso no gira en torno a la validez de la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo pues, tanto Bartleby como Virginia, son hijos de Antonio y Bassanio".

136 Rubio, "Demografía LGBT en Colombia…", *op. cit.*

separadas y obligadas a vivir sin sus hijos, tal vez por tratamiento discriminatorio en la asignación de custodia en los procesos de divorcio.[137]

Un caso ilustrativo de total asimetría entre lesbianas y gays en cuanto a derechos a la adopción es el de Israel.[138] En la misma línea de un tratamiento diferente para hombres y mujeres, la Secretaría de Estado para la Igualdad en Francia, en donde están prohibidos los vientres de alquiler y fuertemente restringida la procreación medicamente asistida (PMA), anunció que en el 2018 se flexibilizará el régimen, pero únicamente para parejas de lesbianas y mujeres solteras.[139] En España la figura está siendo intensamente debatida.[140]

Cooptación de la ciencia

En 2013, la Food and Drug Administration (FDA), en un giro radical de política, anunció que reducía a la mitad, y solo para mujeres, la dosis recomendada de Ambien, un somnífero.[141] Con notables excepciones, las diferencias sexuales en los estudios sobre drogas nunca han sido tenidas en cuenta y, paradójicamente, las secuelas perversas de ese machismo las ha fortalecido el feminismo de género.[142] Históricamente, los conejillos de indias para la industria farmacéutica han sido hombres jóvenes.[143] Addyi,

---

137 Es en este segmento específico en donde en Colombia podría haber mayor déficit de soluciones legales o jurisprudenciales a un problema muy concreto que no atañe sino a una fracción del colectivo LGBT. Ibíd.

138 Mauricio Rubio, "Embarazos fusión", *El Espectador*, 28 de septiembre de 2016.

139 Desde ya se habla de la "PMA para todas", excluyendo el todos. Catherine Malavall, "La PMA pour toutes en 2018?", *Libération*, 12 de septiembre de 2017.

140 Incluso Beatriz Gimeno, reconocida feminista y activista LGBT, se opone tenazmente a la práctica. Beatriz Gimeno, "Algunos argumentos en contra de los vientres de alquiler", *StopVientresdeAlquiler*, 21 de abril de 2017.

141 Desde los noventa, la misma agencia sabía que ellas metabolizan el zolpidem, elemento activo de esta droga, mucho menos rápido que los hombres, pero no hicieron nada con esa información. Los estudios mostraron que ciertas usuarias del fármaco tenían dificultades para conducir vehículos al día siguiente, con un riesgo hasta cinco veces superior de morir en un accidente de tráfico. Se estima que estas pastillas para dormir podrían haber provocado un "exceso de fatalidad" —por sobredosis, caídas y accidentes— del orden de medio millón de muertes, con altísima proporción de mujeres. Kai Falkenberg, "FDA takes action on Ambient: Concedes women at greater risk", *Forbes*, 10 de enero de 2013.

142 En la pretensión de que no existen diferencias congénitas entre hombre y mujer convergen, con la teoría de género, varias versiones del feminismo con el activismo LGBT. Una síntesis reciente de que sí existen, sobre todo en el terreno sexual, pertinente para la jurisprudencia sobre género, puede verse en David Schmitt, "Sculpted by evolution", *Psychology Today*, 8 de noviembre de 2017.

143 Hasta los noventa, las mujeres en edad fértil eran explícitamente excluidas de las pruebas, y todavía son pocas las que se ofrecen como voluntarias. En 1990 el National Institutes of Health (NIH) defendía la validez científica de ensayos de drogas con 350 000 hombres y ninguna mujer. Incluso muchos *tests* de fármacos diseñados para ellas aún se hacen sin incluirlas. Claire

el equivalente femenino del Viagra, fue ensayado en una muestra con menos del 10% de mujeres y, a pesar de los aspectos nocivos detectados, fue aprobado. Se pensó advertir en el empaque que no era recomendable para mujeres que ingirieran alcohol, pero la presión de militantes feministas sobre la FDA hizo que primara el principio de igualdad de género.[144] Las activistas no tienen reparo en estigmatizar a los científicos que proponen pruebas con la variable sexo o que mencionan reacciones diferenciales ante los fármacos: los califican de "neurosexistas", que producen "ciencia populista".[145] Algunas cuestionan el principio mismo de estudiar a las mujeres como tales.[146]

A principios de 2017, la conferencia de la Asociación Mundial para la Salud Transgénero (WPATH) fue saboteada por activistas. Lograron vetar a Kenneth Zucker, un psicólogo especialista en procesos de transgenerismo infantil, quien pregona prudencia antes de clasificar precozmente a alguien como transgénero.[147] Este incidente fue otra escaramuza en el complejo debate sobre cómo tratar las manifestaciones tempranas de transgenerismo.[148] Con carteles de "esto es basura transfóbica", varios militantes irrumpieron en la sala para interrumpir la primera presentación de Zucker. Exigieron reunirse con los organizadores del evento para que prescindieran del experto contrario a su causa y le pidieran disculpas a la

---

Lehmann, "The XX factor. When gender differences are ignored in health studies, it's women who pay the price", *www.commentarymagazine.com*, 15 de marzo de 2017.

144 En una insólita alianza, la farmacéutica fabricante organizó un grupo de presión, Get Even ('Empata'), para promover una "salud sexual igualitaria": hombres y mujeres deben disponer del mismo número de drogas para la disfunción sexual, así los problemas masculinos sean de erección, casi mecánicos, y los femeninos de deseo, cerebrales, mucho más complejos y con efectos secundarios. Azeen Ghorayshi, "How big pharma used feminism to get the 'female Viagra' approved", *BuzzFeed News*, 19 de agosto de 2015.

145 Véase, por ejemplo, Cordelia Fine, *Delusions of gender. The real science behind sex differences* (Londres: Icon Books, 2010).

146 Si un investigador las utiliza para pruebas, se considera un abuso, que "claramente refleja y refuerza la imposición de definiciones masculinas sobre la realidad femenina". Lehmann, "The XX factor...", *op. cit.* Una síntesis de por qué en temas de género no se puede ignorar el paradigma de la evolución de las especies, que considera esenciales esas diferencias se encuentra en Marta Iglesias, "Why feminists must understand evolution", *Quillette*, 29 de octubre de 2017.

147 En particular, recomienda no emprender procedimientos hormonales o quirúrgicos irreversibles en menores de edad. Según él, en la mayoría de estos casos hay desistimiento de quienes en algún momento, durante la infancia, manifiestan confusión de género. Mary Hasson, "Threatening violence, trans activists expel un-PC research at medical conference", *The Federalist*, 27 de febrero de 2017.

148 La cautela de algunos especialistas choca con la aversión obsesiva de los militantes por la "medicalización" de síntomas que, según ellos y la teoría de género, deben considerarse normales y no susceptibles de intervención. La WPATH había decidido hacer una conferencia "trans afirmativa", invitando a Zucker, como un gesto de tolerancia. Esperaban que sus opiniones fueran "contextualizadas" y enmarcadas por la "perspectiva ahora dominante del cuidado afirmativo trans". Ibíd.

comunidad trans por haberlo invitado.[149] Una posible explicación para el poder del activismo, evidente en este incidente, es la caída en la financiación pública de las universidades norteamericanas y la mayor influencia de fondos privados que determinan las prioridades de investigación para impulsar agendas políticas.[150]

Aunque en Colombia no se ha llegado a tales extremos de interferencia de la militancia, varios indicios apuntan en la misma dirección: primero, la práctica monopolización por parte del activismo de la información y del diagnóstico sobre las minorías discriminadas; segundo, la puerta giratoria entre las organizaciones militantes, el "litigio estratégico"[151] y la "investigación", supuestamente neutral y académica; tercero, el estricto seguimiento, en la práctica pretensión de control, a todo lo que se dice sobre minorías sexuales, y, por último, haber logrado que para algunas decisiones críticas de la jurisprudencia, la Corte haya tenido en cuenta básicamente la porción de "evidencia científica" avalada por el activismo.

Las incoherencias conducen a conflictos agudos

Martin Pointing, un cincuentón padre de tres hijos decidió volverse mujer. La particularidad de este caso de transgenerismo tardío es que se trataba de un violador reincidente, condenado a cadena perpetua, que logró su traslado a una cárcel de mujeres con nueva identidad: Jessica Winfield, quien resultó acosando a sus compañeras de prisión. Una de sus víctimas considera "diabólica" la situación y anota, con gran intuición científica, que "él pudo cambiar físicamente, pero su cerebro es el mismo".[152]

---

149 Bajo la consigna "somos los únicos expertos en lo que somos", pidieron que se contrataran militantes trans como consultores pagos por la WPATH y miembros de los distintos comités, incluyendo el que aprueba los trabajos presentados en las conferencias. Respondiendo a la presión, la WPATH excluyó a Zucker del evento e hizo públicas las excusas por su presencia. Ibíd.

150 Sobre la influencia trans en las universidades norteamericanas, véase Kathleen Lowery, "Considering the rapid rise of trans ideology in academia, we should follow the money", *Feminist Current*, 3 de enero de 2018. Un ejemplo de donación específica para estudios transgénero se encuentra en Dawn Rhodes, "Jennifer Pritzker's foundation donates $2 million for transgender studies", *Chicago Tribune*, 19 de enero de 2016.

151 Diego López destaca el papel que ha desempeñado en la jurisprudencia un solo abogado activista, Germán Humberto Rincón Perfetti, quien en 2011 ya ha había interpuesto cerca de 1600 tutelas a favor de los derechos de los homosexuales. Preocupa bastante que la jurisprudencia se haya ido moldeando de esa manera tan privada, a favor de unos clientes, en litigios sin contrincante. También sorprende que el mismo López señale que la Corte ha "solicitado y obtenido el concurso de la *sociedad civil* para ir extendiendo poco a poco el trato igualitario". López, *Cómo se construyen los derechos*..., *op. cit.*, 8 y 59. Cursivas propias.

152 "Transgender rapist moved to women's prison after sex change", *BBC News*, 21 de marzo de 2017; Anthony Joseph, "Transgender rapist who was moved to women-only jail despite still having a penis is segregated after making unwanted sexual advances on female inmates", *Mail*

En los Estados Unidos, Gender Identity Watch se dedica a seguir incidentes que "borran la identidad femenina", algunos de los cuales son difíciles de ignorar.[153] José Luis, un hondureño casado, abusó sexualmente de su hijastro. La esposa lo demandó y el juzgado reunió pruebas suficientes para una orden de captura. El padrastro violador huyó a México para convertirse en Keysa. Menos de un año después volvió a Honduras, convencida de que pasaría desapercibida con su nueva identidad.[154] Incluso una medida aparentemente inocua para terceros, como los baños "género neutrales", puede tener consecuencias devastadoras para las mujeres en ciertos entornos.[155]

Aunque excepcionales, estos casos no pueden pasarse por alto, pues son fuente de graves conflictos, afectan a las mujeres y deslegitiman la lucha contra la discriminación, perjudicando precisamente a las personas que debería favorecer. Estas "mujeres", que, como muchos hombres, pueden acosar sexualmente a las que siempre lo han sido, ocupar sus espacios e incluso matonearlas,[156] reforzarán la percepción de que la teoría de género va en contra de uno de los pilares conceptuales del feminismo.[157] Hay un claro desbalance entre el énfasis que hace la Corte en las sentencias

---

Online, 6 de septiembre de 2017. No es la primera vez que, en el Reino Unido, un hombre condenado logra su traslado a una cárcel de mujeres. En 1999, John Pilley, secuestrador de una conductora de taxi, también en cadena perpetua, logró una operación de cambio de sexo para identificarse como Jane Anne. Ian Burrell, "Murderer to get sex swap on the NHS", *Independent*, 12 de marzo de 1999. Hace unos años, con tupida barba, decidió volver a ser hombre y esperaba tener otra operación de cambio de sexo a cargo de la sanidad pública. "Sex-change Jane wants to be John again", *Mirror.co.uk*, 2 de febrero de 2012.

153 Entre los casos más chocantes están el de James Wolfe, violador de una niña de ocho años, y el de Ronny Darnell, también condenado por abusar repetidamente de otra de 13, que ahora se identifican como mujeres y demandaron a quienes los mantienen encarcelados. "Darnell vs. Jones (2014)-Prison Litigation", *Gender Identity Watch*, 26 de septiembre de 2014.

154 Se volvió popular en Facebook. La exesposa la reconoció, la detuvieron y la condenaron. La noticia no especifica si la mandaron a cárcel de hombres o de mujeres. "Hondureño se cambia de sexo para evadir la justicia", *La Prensa*, 17 de abril de 2015.

155 Tres presidiarias de Texas pusieron una queja ante la justicia en la que señalan haber sido "obligadas a compartir instalaciones íntimas con hombres, que alegan que son mujeres […]. Estos hombres expresan abiertamente su deseo sexual por las reclusas en las duchas y los baños, mientras que las mujeres están desnudas o parcialmente vestidas […]. Los hombres se exponen intencionalmente para su propia satisfacción sexual, causando que las demandantes sufran disgusto, vergüenza, humillación, estrés, degradación, miedo y pérdida de dignidad". Bill Hannah, "Transgender bathroom battle smolders in Fort Worth federal prison", *Star Telegram*, febrero de 2017.

156 Ejemplos de matoneo físico por activistas trans a feministas, peyorativamente denominadas TERF (trans-exclusionary radical feminist; feminista radical trans-excluyente), pueden verse en Mauricio Rubio, "Matoneo trans", *El Espectador*, 27 de septiembre de 2017.

157 Los argumentos difícilmente pueden descalificarse por conservadores o fruto del fanatismo religioso. Son un simple llamado a la coherencia y la sindéresis. "No podemos dar sentido al desarrollo histórico del patriarcado y la existencia continua de discriminación sexista y misoginia cultural, sin reconocer la realidad de la biología femenina, y la existencia de una

sobre violencia contra las mujeres, recordando la tradición histórica de su marginación y sometimiento por el patriarcado, y la facilidad con la que acepta, en los fallos sobre transgenerismo, la posibilidad de que personas nacidas hombres se "identifiquen" como tales.[158] Un creciente número de feministas señalan que la legislación y la jurisprudencia para proteger a las personas transgénero están ignorando flagrantemente los derechos de las mujeres.[159]

La feminista dominicana Raquel Rosario Sánchez recuerda casos flagrantes de discriminación contra las mujeres[160] y anota que muchas de las afectadas, si tuvieran esa opción, renunciarían a serlo.[161] En buen romance señala, respaldada por un número creciente de feministas, que existe una contradicción insuperable entre las dos doctrinas que más han influido sobre la jurisprudencia colombiana: la teoría de género y la tradición patriarcal, que ha sometido a las mujeres que nacieron así, no a quienes, siendo hombres, se transforman.

---

clase de personas biológicamente femeninas". Raquel Sánchez, "If 'white feminism' is a thing, gender identity ideology epitomizes it", *Feminist Current*, 26 de julio de 2017.

158 Es desconcertante la ingenuidad con la que se supone que facilitar la "adhesión" a un grupo poblacional —para el que la ley y la jurisprudencia buscan protección especial y para el cual existen medidas de discriminación positiva— hasta el punto de no exigir como requisito, sino la voluntad de hacerlo no generará comportamientos oportunistas. Para ninguna minoría, racial, por ejemplo, se aceptaría que alguien pudiera definirse como tal sin ningún tipo de chequeo o "certificación", considerando, encima, que cualquier intento de regulación o control es una fobia contra esa minoría.

159 "Términos sin sentido como 'cis' y 'privilegio cisgénero' han sido adoptados casi universalmente a pesar de un gran porcentaje de mujeres que afirman repetidamente que el término es insultante y no capta cómo funciona el género bajo el patriarcado. En solo unos pocos años, las políticas y la legislación que apoyan la noción de 'identidad de género' se han propuesto y adoptado en todas las naciones occidentales, con poco debate o atención al impacto que tienen sobre las mujeres". Meghan Murphy, "2017 saw a return to old-school, sexist dismissals of women and women's rights", *Feminist Current*, 4 de enero de 2018. Una medida aparentemente inocua, como la de los baños género neutrales, para favorecer a una fracción ínfima de la población, claramente ignora las incomodidades que le impone a la totalidad de las mujeres. Mauricio Rubio, "Baños públicos no discriminatorios", *El Espectador*, 25 de diciembre de 2013.

160 Como que en su país aún se debate la ilegalización del matrimonio de niñas, a las rumanas que llenan los burdeles europeos, a la joven salvadoreña sentenciada a treinta años de prisión en El Salvador por haber interrumpido un embarazo resultado de repetidas violaciones, a las niñas de doce años que en Kenya son vendidas por sus familias. Sánchez, "If 'white feminism' is a thing...", *op. cit.*

161 "Es de suponer que las chicas en Nepal que mueren por las mordeduras de serpientes y las bajas temperaturas en las cabañas de menstruación se sienten incómodas con las restricciones de su género… Optar por entrar y salir de la opresión femenina es algo que solo unos cuantos privilegiados pueden hacer". Sánchez, "If 'white feminism' is a thing...", *op. cit.*

Recomendaciones

El gobierno francés esta preparando una ley para enfrentar al acoso sexual en la calle con un esquema sensato.[162] A pesar de algunas dificultades,[163] el procedimiento previsto parece impecable: definir democráticamente los comportamientos que se deben controlar y las respectivas sanciones. La incertidumbre es mayor en el terreno positivo o empírico: ¿por qué ocurren esas conductas?, ¿quiénes son las víctimas, quiénes los infractores? y, sobre todo, ¿cuáles serán las consecuencias de la reforma, quiénes se encargarán de hacerla cumplir y cómo afectará la incidencia de los comportamientos indeseables? Es precisamente en ese tipo de tarea que la criminología puede servir de apoyo a la reforma legal o a la jurisprudencia.

En todos los temas de género se enfrentan problemas de información monumentales. Al amparo de esa ignorancia se afianzaron teorías globales, deficientes e imposibles de contrastar. "Medir, medir, medir… para no discutir" es un lema de la epidemiología,[164] pertinente para la protección efectiva de los derechos de las mujeres y las minorías sexuales. Casi la totalidad de los enunciados, reglas, dogmas o relaciones de causalidad que se toman por verdades irrefutables son simplemente postulados, con frecuencia importados de otras sociedades, que deberían convertirse en hipótesis contrastables, rebatibles y adaptables a la realidad colombiana.

Un ejemplo que ilustra la necesidad de trabajo empírico es el del progresivo escalamiento de la violencia de pareja hasta el eventual ataque letal, un supuesto básico del feminicidio. Un estudio emprendido recientemente por un equipo español pone en duda esa dinámica:[165] encuentra

---

162 Luego de consultar a amplios sectores de la población con talleres, grupos focales y una encuesta en línea sobre las conductas consideradas reprochables y dignas de sanción, el Ejecutivo presentará un proyecto legislativo que tipifique con precisión los comportamientos que se busca proscribir con sus respectivas sanciones. Según la Secretaría para la Igualdad, se busca que "la sociedad en su conjunto redefina qué es aceptable y qué no en materia de acoso sexual en la calle, una cuestión que está en una zona gris entre la seducción consentida y la agresión sexual o la injuria pública".

163 Algunas feministas y defensoras de minorías ven el riesgo de que la ley termine aplicándose con criterios racistas. Silvia Ayuzo, "Francia quiere definir el acoso sexual en la calle para penalizarlo", *El País*, 16 de octubre de 2017, y Secrétaire d'Etat Chargée de l'Égalité entre les Femmes et les Hommes et de la Lutte contre les Discriminations, https://bit.ly/2WpDNxB. Así ocurrió hace un siglo en la campaña contra los *mashers*, en su mayoría afroamericanos, que no tardaron en convertirse en la amenaza del *black rapist*. Theresa Johnston, "Smashing the masher: The early women's movement against street harassment in America", *Gender News, Stanford University*, 18 de abril de 2011. En Colombia es inevitable no percibir un tufo clasista en la condena del piropo callejero, véase Mauricio Rubio, "El piropo de andamio en un país clasista", *La Silla Vacía*, 7 de febrero de 2012.

164 Que aprendí hace más de dos décadas con Rodrigo Guerrero, epidemiólogo de la violencia.

165 El equipo está compuesto por policías, fiscales, jueces, forenses, instituciones penitenciarias y universidades, que analizan a fondo los expedientes de mujeres asesinadas tratando de

que casi la mitad de quienes asesinaron a su pareja no tenía ningún antecedente violento conocido.[166] No sobra destacar la falta que hacen para la jurisprudencia colombiana trabajos como este, complementados con encuestas detalladas a las víctimas y los victimarios de ataques no letales.[167]

Después de que el *New York Times* publicara los resultados de su pesquisa sobre repetidos incidentes de acoso sexual del productor Harvey Weinstein a lo largo de varias décadas, muchas mujeres denunciaron ataques del mismo productor cinematográfico. Puesto que el problema crucial de las investigaciones por acoso sexual —administrativas, laborales o penales— es el *impasse* probatorio de la palabra de la víctima contra la del victimario y que el acoso es casi siempre reiterativo, serial, o sea con múltiples víctimas, este caso mostró que una estrategia lógica es reunir las denuncias de varias mujeres en una especie de demanda colectiva, esa sí con posibilidades de prosperar.

Del simple relato del acoso sexual de Camilo a Stella,[168] por la tranquilidad y descaro con los que, según ella, actuó el agresor, se puede inferir que era un reincidente. Es probable que simples entrevistas a otras mujeres laboralmente subordinadas a él hubieran llevado a una cascada de denuncias para superar la falta de pruebas, como ocurrió con Weinstein.[169] Los

---

responder una pregunta simple: ¿por qué las mataron? Hasta junio de 2017 se habían revisado a fondo 60 expedientes. Le meta es llegar a 200 al finalizar el año. La respuesta es esquiva y está lejos de ser contundente: "No hay un patrón único, la violencia de género no se puede tratar como un fenómeno homogéneo, porque es heterogéneo y multicausal […]. Decir que todo es machismo es quedarse en la superficie, hay que averiguar qué detona esa agresividad mortal", señala el responsable del proyecto. Patricia Ortega Dolz, "¿Por qué los hombres matan a las mujeres?", *El País*, 10 de julio de 2017.

166 "Entrarían dentro de un amplio grupo de agresores ocasionales y, por tanto, impredecibles". Ibíd.

167 La Sentencia T-958/02 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett), sobre el riesgo que enfrentan en la cárcel los condenados por delitos sexuales, con la que la Corte ordenó trabajo de campo específico antes de un fallo, muestra las ventajas del análisis empírico y la posibilidad de hacerlo.

168 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-265/16 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), resumida atrás.

169 Fue esa dinámica de cascada la que terminó hundiendo profesionalmente al productor de cine y metiéndolo en serios líos penales: ante las denuncias de 14 mujeres que, después de un testimonio inicial, dicen haber sido violadas por él, sumadas al casi centenar por acoso, la policía de Nueva York afirma que puede armar un sólido proceso criminal contra el exgurú cinematográfico y arrestarlo. Nicolás Alonso, "La policía de Nueva York recaba pruebas para arrestar a Harvey Weinstein", *El País*, 3 de noviembre de 2017. Fue también por un cúmulo de quejas que el ministro de Defensa británico, Michael Fallon, tuvo que renunciar. Admitió que su comportamiento pasado había estado "por debajo de los altos estándares requeridos". Otros siete diputados conservadores están siendo investigados. Curiosamente, "todo empezó con una lista con 40 nombres que circuló por los mentideros de Westminster, recopilada anónimamente y sin contrastar, que mezcla rumores de comportamiento inapropiado y acusaciones de agresiones sexuales graves".

escándalos mediáticos han mostrado que con un pequeño esfuerzo adicional, el murmullo puede abrirle paso a testimonios formales que, sumados, dejan de ser débiles y anónimos para hacerse solidarios y contundentes en procesos judiciales robustos.[170]

Estas observaciones no pretenden sugerir que la Corte deba involucrarse en la minucia de la investigación criminal en el terreno,[171] pero sí que podría interesarse y reflexionar más sobre cuáles son las dificultades. Sería saludable un cambio de perspectiva, de las teorías globales deductivas a la superación de obstáculos específicos que impiden la protección efectiva de los derechos de las mujeres. Para cualquier no activista ni jurista, la repetición de los orígenes históricos de la sumisión femenina y la evolución de tratados y acuerdos internacionales[172] en las sentencias parecen ya redundantes para resolver los casos reales que llegan a la Corte. Al contrario, pueden confundir, empantanar la necesaria identificación de las trabas concretas, que no siempre son legales ni jurisprudenciales, sino judiciales. Insistir en agrupar bajo una misma categoría global y mal tipificada las distintas formas de violencia contra las mujeres va en contravía de la necesaria especialización que requieren los policías y fiscales encargados de resolver los casos en el terreno. La criminología como disciplina empírica surgió precisamente de las reflexiones de los operadores del sistema judicial —investigadores, forenses, guardias de prisiones— sobre cómo podrían mejorar el desempeño en su labores.[173]

En la T-878 de 2014 se hace una síntesis de las fallas estatales para investigar los incidentes de violencia de género, sin siquiera diferenciar la violencia de pareja de la sexual, o del acoso en el trabajo, cuando la simple lectura de los testimonios muestra que las dificultades para denunciar,

---

170 Sofisticando el #MeToo, unas pragmáticas inglesas, Mujeres Laboristas Anónimas, montaron el sitio web Labor Too para que sus compañeras compartan "confidencialmente sus quejas sobre abusos sexuales, acoso y discriminación". Pablo Guimón, "Los partidos británicos se unen para atajar el escándalo de abusos sexuales", *El País*, 6 de noviembre de 2017. Algunas reacciones femeninas a la campaña masiva contra el acoso reiteran la necesidad de tipificar con precisión lo que se sanciona. La carta a la opinión de cien artistas e intelectuales francesas contra lo que consideran el "puritanismo sexual" es ilustrativa. "La violación es un crimen. Pero la seducción insistente o torpe no es un delito, ni la galantería una agresión machista". Álex Vicente, "Cien artistas e intelectuales francesas contra el 'puritanismo' sexual", *El País*, 9 de enero de 2018.

171 La Sentencia T-878/14 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), en la que la Corte le ordena a los fiscales tomar unos cursos de género, invita a suponer que también los podría mandar a sofisticar las técnicas de recolección de pruebas, con sugerencias concretas, pues se sabe que ya hubo fallas en las investigaciones anteriores. Para el acoso laboral, podría tratarse de algo tan simple como hacer una encuesta en la organización en donde se denuncia un acoso: con alta probabilidad habrá varias víctimas de un mismo acosador reincidente.

172 Como la CEDAW, la Convención Interamericana sobre Violencia Contra la Mujer, la Declaración de Beijing, la Convención de Belém do Pará, entre otras.

173 Rubio, "Evaluación de las leyes...", *op. cit.*

investigar y recoger pruebas son distintas y específicas según cada tipo de ataque.[174]

Por su naturaleza política y poco empírica, una característica del activismo ha sido subestimar las dificultades para hacer cumplir la ley.[175] Es más expedito presionar la redacción de códigos o jurisprudencia que entender y corregir la reticencia a denunciar o las fallas en la recolección de pruebas y testimonios. Al homogeneizar los ataques y los agresores, se dificulta aún más la tarea de resolver incidentes específicos. Si un marido celoso, un jefe acosador y un violador desconocido se consideran similares, será imposible alcanzar una mínima claridad conceptual para prevenir sus ataques y para que quienes investigan los delitos puedan entenderlos y elaborar sus perfiles. Una contraparte operativa de la tipificación precisa de las conductas en los códigos es la posibilidad de una progresiva especialización y tecnificación de los encargados de investigar y recopilar pruebas para aclarar los ataques contra las mujeres. Precisamente, una rama de la criminología está encargada de hacer "perfiles de los agresores",[176] y normalmente exige diferenciarlos para identificar sus rutinas, su manera de actuar e inferir sus motivaciones.

Para concluir, una breve alusión a otra incoherencia que conducirá a intensos conflictos entre activismos y a dilemas para la jurisprudencia. Según la Corte Constitucional el tipo penal feminicidio también incluiría a personas trans,[177] nacidas hombres, un elemento contradictorio con el planteamiento de que la jurisprudencia busca proteger a la población femenina que ha sido históricamente discriminada. Las mismas feministas que hoy protestan por algunas pretensiones de las mujeres trans se

---

174 Así, mientras que la mujer víctima de agresiones por parte de un esposo o compañero celoso, como Diana, María o Sandra, no acude a la justicia porque mantiene una relación afectiva, y tal vez tiene hijos o depende económicamente de su agresor, en los casos de acoso sexual en el trabajo, como el de Stella, los obstáculos para emprender un proceso judicial e investigarlo son de naturaleza distinta, como la falta de testigos y pruebas o la reacción negativa de la empresa empeñada en cuidar su imagen y evitar escándalos. Ambos, a su vez, son diferentes a los de un ataque sexual por parte de extraños, en los cuales el principal escollo será la identificación del agresor, una limitante inexistente en los casos anteriores y que constituye la principal falla de la justicia colombiana: la dificultad para sacar adelante los expedientes sin "sindicado conocido". Mauricio Rubio, *Crimen sin sumario. Análisis económico de la justicia penal colombiana* (Bogotá: Universidad de los Andes, 1996).

175 Vale la pena reiterar que esta crítica excluye al que he denominado activismo solidario, que incluso representa a las mujeres maltratadas ante la justicia y que, por lo tanto, conoce al dedillo las dificultades operativas que existen para la protección efectiva de sus derechos.

176 "*Offender profiling*". Véase David V. Canter, "Offender profiling and criminal differentiation", *Legal and Criminological Psychology* 5, n.º 1 (2000): 2346.

177 En el feminicidio "el sujeto pasivo es calificado, pues necesariamente se trata de una mujer o de una persona que se identifique en su género como tal". En el mismo fallo se reitera que el objeto material del delito es "la vida de la mujer o la persona identificada como mujer". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-297/16 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

sentirán agraviadas por esa discutible intromisión en sus espacios. Estas contradicciones de fondo entre los dos cuerpos de teoría adoptados por la Corte para abordar asuntos de género solo podrán solucionarse apoyándose en el conocimiento científico[178] y en la evidencia, no en las doctrinas que las generaron.

La pregunta crítica es si la teoría de género o la historia del patriarcado son indispensables para defender los derechos de las minorías sexuales o de las mujeres. La respuesta es claramente negativa.[179] Ese era el espíritu de la Sentencia C-481 de 1998: la explicación de un fenómeno, anclada en la realidad y siempre debatible, no es lo que define los derechos, que son una convención humana. No es fácil entender en qué medida dichas explicaciones favorecen los derechos de las minorías. Por el contrario, la controvertida teoría de género, pertinente para una pequeñísima fracción de la población, con poco o nulo respaldo científico, o de sentido común, para el resto, parece fortalecer la homofobia y la transfobia[180] y, no menos importante, incomoda e indigna a una fracción creciente de quienes ya llevan años, décadas, defendiendo los derechos de las mujeres. Con respecto a la milenaria sumisión de todas ellas por la cultura machista, es pertinente la versión femenina de un aforismo de Czesław Miłosz: el verdadero enemigo de la mujer es la generalización.[181] En su lugar, como recomienda una feminista lúcida y pragmática, "se requiere paciencia, con observación minuciosa y precisa de la vida ordinaria".[182]

---

178 "Actualmente está claro que los genes son mucho más influyentes que virtualmente cualquier otra fuerza en la formación de la identidad sexual y la de género, aunque en circunstancias limitadas se puedan aprender algunos atributos de género a través de la reprogramación cultural, social y hormonal [...], la capacidad de reprogramar el género mediante terapia puramente conductual y refuerzo cultural comienza a caer en el ámbito de la imposibilidad". Mukherjee, *The gene. An intimate history*, *op. cit.*, 366.

179 Salvo lo concerniente a la población genuinamente trans, para la cual se concibió originalmente la diferenciación entre sexo y género.

180 Mauricio Rubio, "Fantasías *queer*", *El Espectador*, 1 de junio de 2016.

181 Citado por Todorov, "Identificar al enemigo", *op. cit.*

182 Paglia, *Free women, Free men...*, *op. cit.*, 117.

Discriminación de género y litigio constitucional

LINDA MARÍA CABRERA*

La Corte estima que si lo que busca el feminismo es que hombres y mujeres sean iguales, es obligatorio, por los mandatos constitucionales de los artículos 13 y 43, que todos los jueces, hombres y mujeres por igual, se conviertan en feministas y reivindiquen los derechos de las mujeres víctimas de la violencia.
Sentencia T-878 de 2014

En la presente ponencia desarrollo los debates planteados en la invitación al panel de género a partir únicamente[1] de los dos bloques temáticos más relevantes en materia de derechos humanos de las mujeres, esto es, la eliminación de la discriminación[2] y la erradicación de las violencias,[3] para afirmar, en cuanto al primero, que los avances son significativos aunque persisten algunos retos, y, en relación con el segundo, que si bien hay jurisprudencia garante, aún se trata de una línea muy reciente, por lo cual

* Abogada y magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. En el año 2007 publicó el libro *Justiciabilidad en derechos humanos. Estudio de casos sobre acciones públicas* (Colombia: Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo). Ha trabajado en la Comisión Colombiana de Juristas y en el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. Actualmente es la subdirectora y coordinadora del área de Justicia y No Violencia de la Corporación Sisma Mujer.

1 Otras temáticas de género no están incluidas.

2 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas (CEDAW, por sus siglas en inglés), aprobada en 1979.

3 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, aprobada en 1994.

concluyo que es necesario fortalecerla para lograr la efectiva protección de los derechos de las mujeres en las temáticas de género, dada la relación interdependiente entre ambos bloques.

Observaciones sobre el abordaje de la temática de discriminación hacia la mujer

En este aparte planteo que los avances en materia de no discriminación hacia las mujeres por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional son significativos y han establecido estándares de protección para ellas acordes con las obligaciones internacionales de derechos humanos; sin embargo, no son suficientes. Desde el inicio de la Corte Constitucional pueden identificarse sentencias sobre no discriminación, en especial, de tutela y luego de constitucionalidad.

Al respecto, en la primera década, la Corte adoptó decisiones muy importantes sobre temas como la igualdad de sexo e igualdad ante la ley[4] o la discriminación por sexo,[5] la protección en seguridad social,[6] la igualdad de oportunidades,[7] la protección a la mujer embarazada,[8] la discriminación

---

4 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-588/92 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), que declaró inexequible la condición de "célibe" de las hijas de agentes de la fuerza pública para acceder a la pensión. En la Sentencia C-306/96 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) declaró inconstitucional el condicionamiento del derecho a la pensión de sobreviviente a que la mujer no constituyera otro matrimonio y en la Sentencia C-082/99 (M. P. Carlos Gaviria Díaz) declaró inconstitucional la causal de invalidez del matrimonio cuando lo realizara la mujer "adúltera".

5 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-098/94 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), que reconoció el derecho de una mujer pensionada a inscribir a su pareja en la caja de seguridad social del departamento, porque solo estaba previsto para los hombres pensionados. La Sentencia C-410/96 (M. P. Hernando Herrera Vergara) declaró inconstitucional la prohibición de inscribir al cónyuge de las empleadas del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional como beneficiarios de los servicios médicos.

6 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-410/94 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), que declaró exequible la diferencia de edad entre hombres y mujeres para acceder a la pensión, como reconocimiento a la discriminación histórica de la mujer.

7 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-622/97 (M. P. Hernando Herrera Vergara), que declaró inconstitucional la prohibición del trabajo en jornada nocturna para mujeres, y Sentencia T-624/95 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), que protegió a una estudiante que quería ingresar a la escuela de cadetes porque la rechazaron por su condición de mujer.

8 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-470/97 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), que estableció protección constitucional reforzada en el ámbito laboral para mujeres embarazadas, línea que se consolidó progresivamente. Véase la Sentencia T-373/98 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Sentencia T-874/99 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), aunque no fue pacífica su construcción, y la Sentencia T-426/98 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).

laboral,[9] la protección a la compañera permanente[10] y el derecho a la educación de las mujeres embarazadas.[11]

También en esta primera fase se dieron algunos fallos regresivos sobre derechos civiles de la mujer[12] y sobre madres comunitarias.[13]

Al final de la década, se multiplicaron los fallos, pero prioritariamente en relación con la temática de protección laboral a la mujer embarazada —línea que se mantiene en la actualidad—, que es solo un aspecto de la discriminación y que podría reforzar en todo caso la identidad discriminatoria entre mujer y reproducción. Esto, sin perjuicio de que es bastante diciente de la sociedad misógina la cantidad de casos que se tramitan sobre mujeres embarazadas despedidas.

En la segunda década, la Corte adoptó decisiones sobre derechos civiles,[14] estado civil,[15] medidas afirmativas en la participación política de la mujer,[16] igualdad de la mujer,[17] protección laboral a mujeres cabeza

---

9 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-326/95 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), que protegió a una mujer que ganó un concurso laboral pero no fue posesionada por su sexo.

10 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-681/96 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), que protegió el derecho de una compañera permanente a ingresar al Club Militar, el cual le era negado por su estado civil.

11 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-656/98 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), que protegió a una estudiante retirada por el establecimiento educativo a causa de su embarazo. La Sentencia T-012/99 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra) protegió a otras estudiantes a quienes la institución pretendía graduarles por "ventanilla" por razón de su embarazo.

12 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-276/93 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa), en la que la Corte obvió el debate sobre la afectación de los derechos de la mujer por parte del tratado de derecho civil internacional con normas como la de conservar el domicilio del hombre cuando se separan, mientras consigue otro esposo. En la Sentencia C-821/12 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), se declaró inhibida para debatir aspectos de este tratado. Además, en la Sentencia C-152/94 (M. P. Jorge Arango Mejía), la Corte consideró constitucional el uso secundario del apellido de la mujer en la identificación de los hijos y las hijas.

13 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-269/95 (M. P. Jorge Arango Mejía), que negó el reconocimiento del trabajo de las madres comunitarias.

14 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-112/00 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), que declaró inconstitucional la previsión del domicilio de la mujer para reconocer competencia a la autoridad encargada de celebrar el matrimonio.

15 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-101/05 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra), que declaró inconstitucional la norma del Código Civil que condicionaba la proporción de subsistencia a una mujer mientras estuviera soltera o viuda, en los testamentos.

16 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-371/00 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), que avaló la ley de cuotas, aunque declaró inconstitucionales normas sobre conformación de listas de los partidos políticos y otras.

17 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-400/02 (M. P. Jaime Araújo Rentería) y Sentencia T-610/02 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), que reconocieron la igualdad de derechos de la mujer trabajadora en relación con sus colegas para el reconocimiento de beneficios legales a parejas.

de hogar,[18] discriminación por sexo,[19] protección a las niñas con respecto a la edad del matrimonio,[20] medidas afirmativas en políticas públicas,[21] aprobación de instrumentos internacionales para la mujer,[22] protección de derechos sexuales y reproductivos,[23] del trabajo doméstico,[24] y en los ámbitos laboral[25] y pensional contra la discriminación.[26] En este periodo la jurisprudencia más amplia fue sobre protección laboral a la mujer en embarazo y licencia de maternidad.

Una de las decisiones más relevantes fue sobre el efecto discriminatorio del lenguaje y su necesidad de ajustarlo,[27] lo que plantea debates centrales sobre los derechos de la mujer.

---

18 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1087/02 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), Sentencia T-1117/05 (M. P. Álvaro Tafur Galvis) y Sentencia T-162/10 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), que protegieron el mínimo vital y el pago oportuno de salarios a una mujer cabeza de hogar. Véase la Sentencia SU388/05 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández) y la Sentencia T-827/09 (M. P. Juan Carlos Henao Pérez), que establecieron los requisitos para ser madres cabeza de hogar, a la par de jurisprudencia amplia para reconocer también a los padres cabeza de hogar; la Sentencia C-184/03 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa); la Sentencia C-722/04 (M. P. Rodrigo Escobar Gil); la Sentencia C-964/03 (M. P. Álvaro Tafur Galvis); la Sentencia C-1039/03 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra), y la Sentencia C-044/04 (M. P. Jaime Araújo Rentería).

19 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-875/03 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), que condicionó el deber de alimentos previsto para varones a que se entienda la inclusión de las mujeres.

20 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-507/04 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), que equiparó la edad prevista para niños y niñas para declarar nulo el matrimonio, porque la de estas era menor. Véase también la Sentencia C-534/05 (M. P. Humberto Sierra Porto). En la Sentencia C-008/10 (M. P. Mauricio González Cuervo), declaró inconstitucional la norma del Código Civil que prevé la nulidad del matrimonio, salvo cuando la niña o mujer haya concebido.

21 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-667/06 (M. P. Jaime Araújo Rentería), que declaró la constitucionalidad de medidas a cargo de las entidades territoriales, a favor de las mujeres.

22 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-322/06 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), que valida el protocolo facultativo de la CEDAW.

23 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-605/07 (M. P. Humberto Sierra Porto), que ordena un tratamiento contra la infertilidad a una mujer.

24 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-106/09 (M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez), que protegió a una empleada doméstica por el incumplimiento de sus derechos laborales. Véase la Sentencia T-704/09 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

25 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-247/10 (M. P. Humberto Sierra Porto), que protege a una mujer discriminada para el acceso a un trabajo por su condición de mujer.

26 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1035/08 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), que reconoce el derecho a las compañeras permanentes a la pensión de sobreviviente.

27 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-804/06 (M. P. Humberto Sierra Porto), que declaró la inconstitucionalidad del artículo 33 del Código Civil, que utilizaba la palabra *hombre* como genérica para todas las personas y *mujer* solo para las mujeres.

No obstante, en este mismo periodo la Corte validó algunas normas discriminatorias sobre la composición de la familia,[28] el matrimonio[29] y los derechos de las parejas en unión marital,[30] y en tutela no avanzó con respecto a las madres comunitarias.[31]

Por último, en la tercera década de jurisprudencia de género sobre discriminación, la Corte se pronunció sobre participación política de las mujeres,[32] protección de género a las mujeres,[33] las madres comunitarias,[34] al trabajo doméstico,[35] sobre estereotipos de género,[36] igualdad,[37] así como la continuidad de la protección laboral para mujeres en embarazo[38] o

---

28 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-814/01 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), que declaró la constitucionalidad del Código del Menor sobre la adopción por parejas de hombre y mujer.

29 En Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007/01 (M. P. Eduardo Montealegre), la Corte obvió el debate planteado por el demandante de una norma del Código Civil que valida el matrimonio si, en contexto de hechos de violencias hacia la mujer, esta lo "consiente" posteriormente.

30 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-016/04 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), que declaró constitucional el delito de inasistencia entre cónyuges, pero exhortó al Congreso para que lo regule en unión marital, sin resolverlo. En materia civil sí había integrado a compañeros permanentes en el deber de alimentos mediante la Sentencia C-103/02 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

31 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-668/00 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), Sentencia T-978/00 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) y Sentencia T-990/00 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), que negó la protección a las madres comunitarias de los casos.

32 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-490/11 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), que validó la ley estatutaria sobre partidos políticos y elección, que previó las listas con cuotas.

33 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-234/12 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza), que protegió a una mujer víctima de violencia sexual en riesgo. Véase también la Sentencia T-124/15 (M. P. Luis Guillermo Guerrero). En la Sentencia T-368/13 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt), se protegió a una vendedora ambulante, porque la política de espacio público solo fue consultada con los vendedores hombres.

34 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-628/12 (M. P. Humberto Sierra Porto), que ordenó el reintegro de una mujer despedida como madre comunitaria por tener VIH; Sentencia T-478/13 (M. P. María Victoria Calle), y Sentencia T-508/15 (M. P. Gloria Stella Ortiz), que protegieron parcialmente a madres comunitarias.

35 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-616/13 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), que validó el Convenio de la OIT sobre trabajo doméstico.

36 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-634/13 (M. P. María Victoria Calle), que protegió a una mujer su derecho a la imagen, a partir del estudio de estereotipos. Véase también la Sentencia C-335/13 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt), que validó las medidas de sanción social hacia las violencias contra las mujeres.

37 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-586/16 (M. P. Alberto Rojas Ríos), que declaró inconstitucional la prohibición de emplear a mujeres en trabajos mineros.

38 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-05/17 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), que amplió la protección de trabajo a cónyuges o compañeros que tienen a su pareja en estado de embarazo.

licencia de maternidad,[39] madres cabeza de hogar[40] y garantías del trabajo doméstico.[41]

A partir de esta reseña destaco, de una parte, que la línea de no discriminación es amplia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y ha sido permanente, aunque progresivamente ha incluido mayores debates de género. En todo caso, es llamativo que el gran cúmulo de jurisprudencia sea sobre una idea relacional —dependiente, no autónoma de las mujeres—, esto es, en su papel reproductivo y de cuidado[42] —embarazo, lactancia, familia—, y por eso debería avanzarse hacia una jurisprudencia equitativa en la distribución temática.

Además, la distinción sexo-género[43] en las dos primeras décadas de la Corte Constitucional no tuvo mayor influencia, pero en la actual los análisis son más acordes con la perspectiva de género.[44]

Otra reflexión relevante a propósito de la revisión de jurisprudencia de discriminación, es sobre el uso dual del concepto que muestra todavía una limitación para lograr cambios estructurales en género. En ciertos casos se usa el concepto de discriminación hacia la mujer, pero no siempre en la resolución del problema se hace el análisis respectivo. Ejemplo de esto es el caso de las madres comunitarias,[45] en el que inicialmente se planteó el

---

39 Véase la Sentencia SU070/2013 (M. P. Alexei Julio Estrada).

40 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-345/15 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt), que ordena el reintegro de una madre cabeza de hogar como protección constitucional.

41 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-014/15 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), que protegió el derecho pensional provisional a una empleada doméstica. Véase la Sentencia T-782/14 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt).

42 Alda Facio cuestiona lo siguiente: "La forma como se ha abordado la igualdad de los sexos ante la ley, parte de que la igualdad de los sexos es una equivalencia en todo lo no relacionado con la reproducción de la especie y una diferencia de la mujer con respecto al hombre en todo lo relacionado con esa única función". Alda Facio, *Cuando el género suena, cambios trae* (San José de Costa Rica: Ilanud, 1992), 18.

43 Isabel Cristina Jaramillo indica que el *sexo* es la palabra que generalmente se usa para hacer alusión a las diferencias biológicas relacionas con la reproducción; el *género*, por el contrario, se refiere a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo. Isabel Cristina Jaramillo, *El género en el derecho, ensayos críticos* (Ecuador: V&M Gráficas, 2009), 105.

44 Alda Facio y Lorena Fries indican que "el concepto género alude tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales". "Feminismo, género y patriarcado", *Revista Academia* 3, n.º 6 (2005): 271. Joan Scott, a su vez, indica que el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y una forma primaria de relaciones significantes de poder. Alda Facio y Lorena Fries, *Historia y género. Las mujeres en la Europa moderna y contemporánea*, España: Edicions Alfons el Magnanim, 1990), 44.

45 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-480/16 (M. P. Alberto Rojas Ríos), que inicialmente protegió los derechos de las madres comunitarias, pero fue posteriormente declarada parcialmente nula, mediante el Auto 186/17 (M. P. Alberto Rojas Ríos).

debate de discriminación, pero en la resolución se evadió, con resultados muy gravosos para las accionantes y para los precedentes en materia de discriminación.

En el caso de madres comunitarias, la Corte incluyó como supuesto la temática de discriminación, pero lo resolvió con base en la existencia de un contrato "realidad", sin análisis de género, esto es, sin estudio sobre los estereotipos que enfrenta el oficio de madre comunitaria, la subvaloración social por tratarse de un trabajo realizado prioritariamente por mujeres, trasladada del ámbito privado al público, y la resistencia social y estatal a reconocer su valor económico y su calidad de trabajo. Un debate alterno que parezca más neutro puede ser útil en la argumentación, pero no suficiente para resolver el problema de discriminación.[46] Vías alternas más "pacíficas", como el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la identidad, el debido proceso, entre otras rutas de "escape", no contribuyen a erradicar la discriminación.

Por su parte, en los casos en los que la Corte ha abordado de manera explícita el debate de discriminación, los resultados han sido positivos y han fijado estándares de protección generales sobre igualdad de género. En un caso de acoso sexual, la Corte identificó y analizó los estereotipos de discriminación utilizados contra la mujer y concluyó con su protección.[47] En otro fallo, la Corte hizo un estudio sobre los estereotipos de discriminación a nivel estructural, lo que le permitió validar una norma sobre derechos humanos de las mujeres.[48]

Por último, destaco que el uso de fuentes[49] de la Corte es considerablemente amplio y adecuado, lo cual es útil para lograr pronunciamientos con mayor alcance en las decisiones sobre discriminación de género, y debería por tanto avanzarse en ese sentido.

Las violencias hacia las mujeres

El segundo tema que desarrollo a continuación es el referido al de las no violencias hacia las mujeres o el derecho a una vida libre de violencias.[50]

---

46 En la SU224/98 (M. P. Hernando Herrera Vergara), se protegió por debido proceso en un caso de madres comunitarias, pero en el salvamento de voto se destacó la evasión hecha por la Corte sobre la problemática de fondo.

47 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-652/16 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), que protegió a una mujer víctima de acoso sexual que había denunciado y fue sancionada.

48 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-335/13 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt), que validó las normas de control social de la Ley 1257.

49 Por ejemplo, la Sentencia T-772/15 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt) y la Sentencia T-241/16 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt).

50 Previsto en el artículo 1.º de la Ley 1257. Según Giulia Tamayo, "el derecho de las mujeres a una vida libre de violencias es un enunciado exigente y apremiante. No se refiere a un trato

Planteo que se trata de un tema con avances excepcionales, pero muy tardío, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La problemática de las violencias hacia la mujer se posiciona en la jurisprudencia de la Corte desde finales de su segunda década y durante la actual. Antes, el tema fue evadido o inscrito recurrentemente en una visión familista.[51] Para sustentar este punto paso a describir el desarrollo de un mismo tipo de casos que a través del tiempo fueron abordados de maneras significativamente diferentes hasta lograr un análisis de no violencias,[52] que debe mantenerse y ampliarse.

Todos los casos de tutela presentados enseguida tratan de hechos de violencias hacia las mujeres por parte de sus parejas o exparejas,[53] y aunque inicialmente la Corte había abierto la puerta para la protección de las mujeres, este enfoque se dejó de lado durante mucho tiempo, y solo hasta épocas recientes se ha retomado, con avances muy importantes.

En un caso de la primera etapa de la Corte, se decidió proteger los derechos fundamentales a la vida e integridad personal de una mujer en permanente situación de riesgo por la violencia ejercida por su esposo en su contra.[54] La Corte no subvaloró la situación como un asunto privado o doméstico, como las otras instancias, pero se abstuvo de pronunciarse sobre el desalojo del agresor, por involucrar a su juicio un derecho civil (la propiedad).

En un sentido similar, la Corte resolvió otro caso a favor de una mujer, y protegió los derechos a la vida, la integridad personal y la familia.[55] En esta oportunidad se concedió la tutela solo como mecanismo transitorio, y se dieron órdenes específicas contra el agresor. En un sentido semejante protegió a otra mujer víctima de violencia con respecto a los derechos a

---

de excepción que firme la natural vulnerabilidad de aquéllas. […] Es un derecho que repone el principio de igual haciendo que aquello violento, perjudicial y dañoso para las mujeres sea representado como ofensivo para la humanidad". Giulia Tamayo, *Inventario a favor de la alegría* (Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa, 2015), 128.

51 El segundo paso identificado por Alda Facio para analizar el derecho desde una perspectiva de género es identificar las manifestaciones del sexismo, entre las cuales está el familismo. Facio, *Cuando el género suena, cambios trae*, *op. cit.*, 13.

52 Convención de Belém do Pará, artículo 2.º: "Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica", y Ley 1257 de 2008, artículo 2.º: "Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado".

53 Se trata solo de una de las variedades de violencias hacia la mujer.

54 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-529/92 (M. P. Fabio Morón Díaz).

55 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-382/94 (M. P. Hernando Herrera Vergara).

la vida y la integridad, porque en este caso la violencia era un factor de destrucción a la familia.[56]

Luego se encuentran pronunciamientos que descartaron la existencia de relaciones de poder entre hombres y mujeres y avalaron la tesis de agresión mutua, para ordenar únicamente la protección de menores.[57] En otro caso se amparó solo a la niñez, a pesar de que la accionante era la mujer, por violencia en su contra.[58] Ya para este momento, la temática de las sentencias era sobre violencia intrafamiliar y menos sobre la vida y la integridad.

Desde la aprobación de la Ley 294 de 1996, la Corte estableció como criterio la improcedencia de las acciones de tutela por casos de violencias hacia las mujeres, porque se consideró que había otro medio judicial de protección.[59] Amparó en pocos casos, en los que la víctima era agredida por otro familiar y/o había condiciones diferentes de las dadas en el caso tipo planteado al inicio de este aparte.[60]

En la jurisprudencia de constitucionalidad, por su parte, se dieron algunos avances, aunque sin análisis de género. Se ratificó el delito de violencia intrafamiliar y se eliminó el tipo penal que sancionaba con menor pena la violencia sexual entre cónyuges,[61] y en materia de conciliación prejudicial la Corte estableció que, si bien era procedente el requisito, en los casos de violencia intrafamiliar la víctima no estaba obligada a asistir a la audiencia.[62] También hubo retrocesos en materia de conciliación extrajudicial de violencias hacia las mujeres[63] y respecto al cuestionado desistimiento expreso de las víctimas de violencia intrafamiliar.[64]

Luego la Corte avaló constitucionalmente el agravante del delito de violencia intrafamiliar cuando se comete contra una mujer,[65] con referencia expresa al derecho internacional de los derechos humanos de la mujer.

En el año 2010 la Corte profirió un fallo sobre la validez de las medidas de atención a las mujeres víctimas de violencias de la Ley 1257, como parte

---

56 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-487/94 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

57 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-378/95 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

58 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1999/96 (M. P. María Victoria Calle).

59 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-420/96 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa): "La reciente expedición de la Ley 294 de 1996 conduce a la Sala a estimar que la acción de tutela motivada en situaciones de violencia intra-familiar no será en lo sucesivo procedente". En el mismo sentido, la Sentencia T-460/97 (M. P. Antonio Barrera Carbonell) y la Sentencia T-267/99 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

60 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-133/04 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

61 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-285/97 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

62 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1292/01 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

63 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-059/05 (M. P. Clara Inés Vargas).

64 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-273/98 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).

65 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-674/05 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

de su derecho a la salud.[66] Esta decisión fue la antesala de los siguientes avances, aunque el Ministerio de Salud a la fecha se niegue a cumplirla.

Desde 1996 hasta el 2012, salvo contadas excepciones,[67] no hubo pronunciamientos[68] de la Corte Constitucional sobre violencias hacia las mujeres en el tipo de casos propuesto. Por tanto, el desarrollo de la temática de violencias hacia la mujer tiene no más de cinco años.

En 2012 se comenzó a estructurar la jurisprudencia de no violencias hacia las mujeres, se retomó el estudio de casos sobre violencia intrafamiliar y se protegió a las víctimas desde una perspectiva de género.[69] La Corte empezó a adoptar medidas estructurales frente a las actuaciones de las instituciones en los temas de violencias y discriminación hacia las mujeres,[70] además de resolver el caso específico. Asimismo, aplicó las medidas que estaban vigentes desde la expedición de la Ley 1257 de 2008, como las de atención a víctimas de violencias,[71] y solicitó a las autoridades el cumplimiento estricto de esta ley.[72] También estudió la violencia estructural hacia las mujeres, la discriminación histórica y las relaciones de poder desiguales, para concluir en la protección efectiva de las víctimas.[73]

En una de las decisiones más importantes sobre no violencias, la Corte hizo el recuento histórico de la jurisprudencia en la materia, analizó estructuralmente la problemática y cuestionó la respuesta institucional discriminatoria de las autoridades en los casos de violencias hacia las mujeres.[74]

En la última época, en materia de constitucionalidad se han dado pronunciamientos muy importantes en la temática. Así, la Corte decidió desde la perspectiva de género la constitucionalidad de la oficiosidad de la inasistencia alimentaria y de la violencia intrafamiliar.[75] En el caso del

---

66 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-776/10 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

67 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-608/01 (M. P. Jaime Araújo Rentería), en la que la Corte retomó el tema y protegió a la accionante, pero porque estaba "de por medio la protección integral a la familia". En otro más, en la Sentencia T-282/02 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), se negó la protección reclamada por la mujer, dada la existencia de otro mecanismo judicial de protección.

68 Véase en este sentido, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-878/14 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

69 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-982/12 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla) y Sentencia T-012/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

70 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-967/14 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado), Sentencia T-145/17 (M. P. María Victoria Calle Correa), Sentencia T-264/17 (M. P. Alberto Rojas Ríos) y Sentencia T-590/17 (M. P. Alberto Rojas Ríos).

71 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-434/14 (M. P. Luis Guillermo Guerrero).

72 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-772/15 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt).

73 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-027/17 (M. P. Aquiles Arrieta Gómez).

74 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-878/14 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

75 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-022/15 (M. P. Mauricio González Cuervo).

feminicidio, igualmente incluyó el análisis de género,[76] las diferentes formas de violencias (física, psicológica, sexual, económica y patrimonial) hacia las mujeres y estableció la relación entre el derecho penal y el género.[77] También adoptó un fallo sobre violencia intrafamiliar en el que se le reconoce como problema estructural de la sociedad y como una forma de violencia hacia las mujeres.[78]

Finalmente, y de manera paralela a la línea de violencia cometida por parejas o exparejas, destaco que desde el 2008 se produjeron sentencias muy importantes en relación con la no violencia hacia las mujeres en el marco del conflicto armado. Así, hubo decisiones sobre la protección de las mujeres víctimas de desplazamiento y de violencia sexual en el conflicto armado;[79] las mujeres víctimas en situación de riesgo;[80] las mujeres defensoras de derechos humanos;[81] las mujeres víctimas de violencia sexual en situación de discapacidad,[82] y con afectaciones a la salud sexual, reproductiva y psicológica,[83] así como decisiones de acoso sexual en contexto general de violencias,[84] entre otras, que establecieron altos estándares de protección para las mujeres.

Conclusiones y recomendaciones

El recorrido por la jurisprudencia de género en materia de no violencias ni discriminación hacia las mujeres muestra avances muy importantes, que es necesario mantener y ampliar. Por tanto, como conclusiones y recomendaciones, presento los siguientes puntos.

1. Las violencias y discriminación hacia las mujeres se relacionan[85] entre sí, por esto es necesario que la línea jurisprudencial entrecruce el

---

76 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-297/16 (M. P. María Stella Ortiz Delgado).

77 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-539/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

78 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-368/14 (M. P. Alberto Rojas Ríos).

79 Corte Constitucional de Colombia, Auto 092/08 (M. P. Manuel José Cepeda), Auto 09/15 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), Sentencia T-124/15 (M. P. Luis Guillermo Guerrero) y Sentencia T-677/11 (M. P. Juan Carlos Henao).

80 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-496/08 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

81 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-234/12 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza) y Auto 98/13 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

82 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-595/13 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

83 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-418/15 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt).

84 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-265/16 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

85 Organismos internacionales, como el Comité de la CEDAW, han destacado la interrelación de violencia y discriminación. Véase CEDAW, Recomendación general n.º 19: La violencia contra la mujer. Recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer en el 11.º periodo de sesiones de la Oficina del Alto Comisionado para Derechos Humanos de la ONU (1992), http://bit.ly/2vo31jI

análisis en los diferentes casos como mecanismo para contribuir a su superación. Esto contribuye además a evitar el estudio de las problemáticas de las mujeres desde enfoques poco adecuados, como el familista.

2. El análisis relacional de las violencias y la discriminación hacia las mujeres también puede contribuir a consolidar jurisprudencia más diversa en relación con las problemáticas de las mujeres desde el reconocimiento de su autonomía y así complementar las temáticas más asociadas a roles de reproducción y cuidado, que, aunque son importantes, podrían mantener estereotipos si la jurisprudencia se caracteriza mayoritariamente por estas materias. Otras, como la salud sexual y reproductiva —por ejemplo, de las víctimas de violencia sexual—, la igualdad salarial, la educación no estereotipada y la participación política son algunas en las que son necesarios mayores avances.

3. El estudio de casos o normas por parte de la Corte Constitucional debe mantener el abordaje desde las violencias y discriminación, tanto en la parte motiva como en la resolutiva. Las decisiones sobre género usualmente serán complejas, porque se trata de un reto considerable de transformación de estereotipos y prejuicios instalados en la sociedad, pero evadir la complejidad con debates alternos puede reforzar la problemática. Las decisiones, entonces, deben expresamente desarrollar las temáticas de género, como mecanismo incluso de pedagogía, y adoptar decisiones con base en el derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres; esto es, sobre igualdad y no discriminación y el derecho a una vida libre de violencias, y no en referencia a derechos alternos, como debido proceso, libre desarrollo de la personalidad y otros, que no necesariamente deben ser excluidos, pero que no deberían ser el debate central.

4. Las decisiones de la Corte Constitucional sobre género podrían prever que de manera frecuente van a enfrentar resistencia en el cumplimiento por causa de los estereotipos y prejuicios sociales. Por esto —y para prevenir que el incumplimiento los reproduzca—, las órdenes deben ser concretas, identificando las consecuencias que habría en caso de omitirlas. También debería acogerse una metodología más estricta en el seguimiento a los casos, por ejemplo, asumiendo directamente la competencia sobre el desacato.

5. Los avances identificados en no violencias hacia las mujeres deben ser una prioridad de la Corte Constitucional, para equilibrar las temáticas estudiadas y para garantizar la efectividad de instrumentos internos de protección, como la Ley 1257 de 2008, que es el correlato nacional de la Convención de Belém do Para.

6. Los fallos más progresistas sobre género tienen una referencia frecuente a teoría feminista, aspecto no tan presente en la generalidad de la jurisprudencia en la materia. Las decisiones más elaboradas sobre feminicidio y no violencias tienen esta característica, y por tanto esto hace parte de las herramientas con que cuenta la Corte Constitucional para mantener sus avances. Este es un necesario reconocimiento a saberes que, igual que otras disciplinas, ameritan su estudio y uso. También puede contribuir a la precisión conceptual, tan importante para prevenir el posicionamiento de estereotipos en la actuación de las autoridades en casos de ambigüedad legal.
7. La jurisprudencia sobre no violencias hacia las mujeres requiere mayor desarrollo en relación con las categorías desagregadas que comprenden, esto es, física, psicológica, sexual, económica y patrimonial y sus efectos. Esto podría aportar en resolver debates importantes, por ejemplo, sobre inasistencia alimentaria, que aún no ha sido abordada desde la perspectiva de las violencias o sobre acceso a la justicia, dada la recurrente remisión por parte del legislador de las problemáticas de violencias a mecanismos alternos de solución de conflictos o procedimientos para delitos de menor impacto social.

Discriminación de género y litigio constitucional. Más allá del dualismo de género: una reflexión desde la teoría de modernidad/colonialidad

MARÍA CLARA JARAMILLO*

Frontiers are places where ambiguity and uncertainty flourish.
David A. Edwards, profesor de la Universidad de Harvard

Introducción[1]

Esta reflexión debe comenzar por un reconocimiento especial a la importante labor que ha realizado la Corte Constitucional en relación con el desmonte de prejuicios y la garantía de los derechos de las mujeres.

* Doctora (*summa cum laude*) en Ciencia Política de la Universidad de Berna (Suiza), magíster en Laws in Common Law Studies del Georgetown University Law Center (Washington, D. C.) y magíster en Arts in Education (Culture, Curriculum and Change) de la Universidad de Carolina del Norte en Chapel Hill (Estados Unidos); abogada y especialista en Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Javeriana. Ha realizado distintos cursos de negociación en la Harvard Law School (Cambridge, Estados Unidos). Actualmente es directora de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Se ha desempeñado como vicedefensora del pueblo; directora de la Academia Diplomática Augusto Ramírez Ocampo, del Ministerio de Relaciones Exteriores; coordinadora regional de Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos para el Eje Cafetero, del Ministerio de Justicia, y profesora de pregrado y posgrado en varios programas de la Pontificia Universidad Javeriana, sedes Bogotá y Cali, y la Universidad Externado de Colombia. Ha realizado trabajos de investigación y consultoría para organismos internacionales, como la Agencia Alemana para la Cooperación Internacional (GIZ), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB) y entidades nacionales de los sectores público y privado.

1 Muchos de los planteamientos que se presentan en esta ponencia fueron tomados de la tesis que elaboré para obtener mi título de la Maestría en Educación en la Universidad de Carolina del Norte en Chapel Hill, *Negotiation training in multicultural contexts: Reflections from the field*.

Como bien se menciona en la presentación realizada a este marco de discusión, las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional han permeado los más diversos ámbitos de la actividad judicial,

> sobre asuntos tan disímiles como la familia, el régimen pensional, las relaciones laborales o la salud pública; incluso, a nivel procedimental, la estructura y las dinámicas de los procesos judiciales se encuentran determinadas por esta categoría, como se deriva de la circunstancia de que con frecuencia las decisiones judiciales en temas como la Jurisdicción Especial para la Paz, el sistema de atención a las víctimas del conflicto armado, la trata de personas, la adopción por parejas del mismo sexo, la penalización del aborto, las amnistías e indultos en el marco del proceso de paz o el matrimonio homoparental, se adoptan teniendo como referente necesario la experticia de organizaciones como la Corporación Sisma Mujer, la Corporación FEMM, Alianza Cinco Claves, la Red Nacional de Mujeres, Colombia Diversa o Women's Link Worldwide, entre muchas otras.[2]

Al mismo tiempo que se hace un merecido reconocimiento a la labor de la Corte en estos veinticinco años de labor jurisprudencial, parecería observarse, como se evidencia en el texto arriba transcrito, una tendencia en la jurisprudencia constitucional a circunscribir la discusión doctrinal en torno a la división binaria entre hombres y mujeres. Es en este ámbito en el que esta ponencia se enmarca, con el objetivo de presentar algunas reflexiones en torno a la pertinencia del modelo sobre el cual se han edificado las sentencias de la Corte.

Para este efecto, y con base en mi experiencia académica y profesional, la cual ha estado centrada en el tema del manejo o transformación de conflictos, esta ponencia consistirá, en primer lugar, de acuerdo con los postulados de la teoría de modernidad/colonialidad —en adelante, MC— con relación a que todo ocurre en un momento históricamente contextualizado, comenzaré por relatar mi historia personal, de encuentro con esta teoría y sus postulados, todos relevantes para el tema de la cosmovisión occidental, la construcción de identidades y las discriminaciones que se derivan de ellas. Como abogada occidental interesada siempre en las condiciones que hacen posible la vida en comunidad, considero que mis propias experiencias y aprendizajes pueden aportar al debate constitucional, guardián y garante de nuestra vida en común.

En segundo lugar, considero importante esbozar los orígenes y postulados de la teoría de MC, que en el fondo es una teoría que trata sobre el ejercicio del poder y la subalternización de comunidades, conocimientos y territorios. Detrás de todo fenómeno discriminatorio hay un ejercicio

---

[2] Gloria Stella Ortiz Delgado, Presentación del panel en el XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, San Juan de Pasto, septiembre 28 al 30 de 2017.

de poder, nos dicen los sociólogos expertos en el tema. Desde este punto de vista, son numerosos los aportes que la teoría de MC puede hacer al debate de las discriminaciones en general y de la discriminación de género en particular.

Por último, y a manera de conclusión, presentaré algunas reflexiones sobre los puntos principales que considero que ofrecen una potencialidad al trabajo jurisprudencial de la Corte.

Mi encuentro con la teoría de MC

En este trasegar académico y profesional quisiera destacar cuatro momentos trascendentales.

El punto de partida lo constituyó mi encuentro con los mecanismos alternativos de solución de conflictos —en adelante, MASC—, en mi labor como coordinadora regional del Ministerio de Justicia para el Eje Cafetero durante los años 1994 y 1995. Al haber tenido la oportunidad de trabajar con personas de las más diversas procedencias —líderes comunitarios, profesores de Derecho, funcionarios públicos, mediadores de familia—, pude observar de cerca la efectividad de estos mecanismos. Intuitivamente, mi explicación consistía en que, contrario a procedimientos legales tradicionales, estos mecanismos alternativos partían de las raíces "antropológicas y sociológicas" de la profesión legal. Con esto quiero decir que los MASC abrían una vía para que las personas "contaran sus historias", y no solamente se limitaran a los "hechos" del caso. Este "descubrimiento" de los MASC hizo que quisiera profundizar en la teoría que subyace a ellos, razón por la cual tomé los cursos cortos y largos que ofrece el Programa de Negociación de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.

Un segundo momento está constituido por mi experiencia como profesora, tanto en Bogotá como en Bolivia, en el marco de la Maestría en Educación Intercultural Bilingüe, ofrecida en el contexto del Programa de Educación Intercultural Bilingüe para los Países Andinos, en la Universidad de San Simón, en Cochabamba (Bolivia). Hasta ese momento, y aunque había tenido oportunidad de viajar y vivir en otros países, no había tenido un contacto tan estrecho con formas tan distintas de ver y de entender el mundo.

Durante una de las sesiones con maestros indígenas, uno de mis estudiantes me preguntó cuál era el rol que cumplía la ética en la negociación. Esta discusión acerca de la dimensión ética me llevó a ser consciente del hecho de que no hay ningún entrenamiento "vacío". Todos los procesos educativos están llenos de supuestos, no solo éticos, sino de toda clase —políticos, epistémicos, filosóficos y demás—. Estos supuestos, por definición, no se cuestionan. ¡De ahí su poder!

De igual manera, estas discusiones me llevaron a reflexionar sobre las implicaciones que tiene la educación para adultos, en especial si estos adultos son miembros de comunidades indígenas, con una larga historia de discriminación racial y de clase. Ellos traen al aula lo que el educador brasilero Paulo Freire llamó "conocimiento socialmente construido en la práctica comunitaria".[3] Enseñar en Bolivia sirvió como una fuente de inspiración para mi deseo de conocer más acerca de las culturas indígenas en general. En efecto, desde mis primeras visitas a Bolivia, me he interesado por la riqueza cultural y por el enorme potencial que las culturas indígenas tienen para ofrecer a los educadores y pensadores del mundo occidental.

Finalmente, algunas de las preguntas de mis estudiantes durante los entrenamientos estaban dirigidas a asuntos de poder, que, en su momento, las interpreté como una consecuencia natural del rol que los maestros han desempeñado en los países latinoamericanos, en donde han tenido una larga historia de luchas laborales y sindicales. No obstante, lo que podía percibir en ese momento trascendía las diferencias de poder que pueden identificarse en comunidades rurales y poco privilegiadas en Colombia. Lo que podía identificar tenía que ver con temas de reconocimiento cultural y experiencias subalternas, lo que más tarde denominaría como fenómenos de colonialidad.

Mi encuentro con la teoría de MC se remonta al momento de comenzar mi maestría en Educación en la Universidad de Carolina del Norte, en Chapel Hill. Poco después de mi llegada a esta universidad tuve oportunidad de conocer al profesor Arturo Escobar, cuyo trabajo en teorías del desarrollo había conocido previamente. El profesor Escobar me invitó a varias sesiones de su seminario, a una de las cuales fue invitado el profesor Walter Mignolo, de la Universidad de Duke. La charla se trató sobre, contrario a la tradición occidental, las culturas indígenas y sus formas de entender el mundo, que no se basaban en dualismos epistemológicos, sino en abrazar la diferencia.

Esta charla tuvo un papel decisivo, puesto que pude comprender que aquello que me venía preocupando en temas de la teoría y la práctica de la negociación iba más allá del campo de la solución de conflictos y que tenía que ver con las formas en que los pueblos y las culturas entendían el mundo. Desde ese momento, he entendido que la epistemología, entendida como los procesos de formación del conocimiento, cumple un papel fundamental no solo en temas como solución de conflictos, sino que va más allá y permea los más diversos campos de las ciencias sociales y humanas.

---

[3] Paulo Freire, *Ethics, democracy, and civic courage* (Lanham, MD: Rowman & Littllefield Publishers, 1998), 36.

Durante la maestría tuve oportunidad de conocer más de cerca el programa de investigación de MC, al cual pertenecen tanto Arturo Escobar como Walter Mignolo. Pude darme cuenta de que esta teoría de MC comparte algunos conceptos con la teoría poscolonial, en especial aquellos de universalidad e hibridez. La noción occidental de universalidad se refiere a una homogénea y unitaria naturaleza humana, que marginaliza y excluye las características distintivas de las sociedades poscoloniales. La idea de hibridez significa que las sociedades poscoloniales están en un desarrollo mutuo permanente, en el cual las viejas tradiciones culturales coexisten con las nuevas.

Orígenes y postulados centrales de la teoría de MC

La teoría de MC está asociada con el trabajo de algunas figuras centrales, principalmente el filósofo argentino-mexicano Enrique Dussel, el sociólogo peruano Aníbal Quijano y, más recientemente, con el semiótico argentino-norteamericano Walter Mignolo. En años recientes, un número creciente de académicos y centros de estudio se han unido al grupo. Entre los académicos, podemos mencionar a Edgardo Lander, en Venezuela; Santiago Castro-Gómez, Óscar Guardiola y Eduardo Restrepo, en Colombia; Catherine Walsh, en Quito, y Nelson Maldonado-Torres y Arturo Escobar, en los Estados Unidos. Entre los centros de estudio están la Universidad Andina Simón Bolívar, en Quito; la Universidad de Duke y Carolina del Norte, en Chapel Hill, y el Instituto Pensar, de la Pontificia Universidad Javeriana, en Bogotá.[4]

Al ser una reciente línea de pensamiento, es todavía muy pronto para establecer con claridad el linaje de la teoría de MC. Sin embargo, los académicos afiliados al programa hacen referencia a un número de líneas de pensamiento que han dado forma a la filosofía de MC. Ellos consideran el programa como un encuentro de las teorías críticas latinoamericanas de los 60 y 70 y sus contrapartes globales. Desde una perspectiva latinoamericana, la MC se apoya en los postulados de la teoría de la dependencia, la teología de la liberación y la investigación-acción participativa. Dentro de las perspectivas globales están la teoría poscolonial, la teoría de los sistemas mundiales y los estudios de subalternidad surasiáticos. El foco de atención, sin embargo, ha sido América Latina, "incluyendo el conocimiento subalterno de grupos sociales explotados y oprimidos".[5]

---

4 Arturo Escobar, "'Worlds and knowledges otherwise': The Latin American modernity/coloniality research program", en *Cruzando fronteras en América Latina*, editado por CEISAL (Ámsterdam: CEDLA, 2002), 22.

5 Ibíd., 2.

Una característica sobresaliente es su rechazo permanente a encajar en una historia lineal de paradigmas o epistemes, con el fin de evitar caer en la trampa del pensamiento moderno. En contraste, la MC desea ser vista como otra manera de pensar, que se desarrolla en una dirección distinta a la de las grandes narrativas modernas del cristianismo, el liberalismo y el marxismo. La teoría de MC sitúa su propio cuestionamiento en los límites de los sistemas de pensamiento y busca la posibilidad de modos de pensamiento no eurocéntricos.[6]

El programa se basa en una serie de postulados. Primero, existe el énfasis en situar los orígenes de la Modernidad en la Conquista de América y el control del Atlántico, después de 1492, en lugar de aquellos hitos más conocidos, como la Ilustración o el final del siglo XVIII. En segundo lugar, hay una atención persistente al colonialismo y el nacimiento del sistema capitalista, como constitutivos de la Modernidad. Tercero, hay una adopción de una perspectiva mundial en la explicación de la Modernidad, en lugar de una visión de la Modernidad como un fenómeno intraeuropeo. Cuarto, se presta una atención importante a la dominación de otros fuera del corazón de Europa, como una dimensión necesaria de la Modernidad, con la concomitante subalternización del conocimiento y las culturas de estos otros grupos. Quinto, hay un énfasis especial en la noción del eurocentrismo como la forma de conocimiento de la modernidad/colonialidad. La MC considera al conocimiento eurocéntrico como "una representación hegemónica y un modo de conocer que reclama la universalidad para sí mismo y que reposa sobre una confusión entre la universalidad abstracta y la hegemonía mundial concreta, derivada de la posición de Europa como centro".[7]

Los orígenes de la Modernidad

La teoría MC ubica los orígenes de la Modernidad en la Conquista de América y en el control sobre el océano Atlántico, lo que Dussel ha llamado la "primera modernidad". La segunda modernidad es la Revolución Industrial y la Ilustración. En la primera, Dussel sostiene que la apropiación por parte de España de la América india, en 1492, marcó el comienzo del ejercicio europeo de un verdadero "sistema mundial".

Sin embargo, él sostiene que, a pesar de la hegemonía europea sobre el Atlántico, esta "primera modernidad" fue todavía periférica en relación

---

6 Ibíd. Walter Mignolo, *Local histories/global designs* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2000).

7 Escobar, "'Worlds and knowledges otherwise'...", *op. cit.*, 5.

con los mundos indostano y chino, y aún con el islámico.[8] Contrario a lo sostenido por Hegel sobre Europa como "fin y centro de la historia mundial", Dussel clama que la hegemonía europea, especialmente la británica y la francesa, fue resultado de la Revolución Industrial (basada ideológicamente en la Ilustración y el Romanticismo), y por tanto solo tiene dos siglos de existencia.[9] En consecuencia, Europa no fue siempre el "fin" y el "centro" del mundo, como lo creyó Hegel; ni tampoco disfrutó, desde los profetas de Israel, superioridad ética y política, como lo pensó Weber.[10]

La decisión de la MC de ubicar los orígenes de la Modernidad en el Descubrimiento y la Conquista es particularmente importante, puesto que nos lleva a la reflexión sobre el doble papel que España cumplió en la historia del mundo moderno/colonial. Por un lado, España estaba subordinada a los países angloprotestantes y latinocalvinistas desde el siglo XVIII. De otra parte, España continúa siendo el poder "simbólico" (y económico) sobre América Latina, y no puede desprenderse de su pasado colonial.[11]

En el contexto de la doble posición de España, otras dos nociones figuran en la MC, estas son las diferencias imperial y colonial. La primera se refiere al rol subalterno que la historia moderna ha dado a la cultura hispánica en general.

La segunda, la describe así Walter Mignolo: "Latinoamericanos y latinos no son españoles, ciertamente como los habitantes de Guadalupe y Martinica no son franceses o los jamaiquinos, británicos".[12]

Además del doble rol que España ha desempeñado en el mundo moderno/colonial, hay otra consecuencia de ubicar los orígenes de la Modernidad en el Descubrimiento de América. Se trata de la elaboración de los conceptos de *occidentalismo* y *orientalismo* por parte de la MC. De conformidad con Mignolo,[13] hay un enorme silencio en la interpretación que Said hace de la noción de orientalismo. Este silencio se refiere a la falta de que Said hubiera visto la noción de occidentalismo. Para Mignolo, no hay orientalismo sin occidentalismo, y las "más grandes y ricas" colonias europeas no fueron "orientales", sino "occidentales".[14]

---

8 Enrique Dussel, World system and "Trans"-Modernity, *Neplanta* 3, n.º 2 (2002): 228.

9 Ibíd., 229.

10 Ibíd.

11 Elena Delgado y Rolando Romero, "Local histories and global designs: An interview with Walter Mignolo", *Discourse* 22, n.º 3, (2000): 24.

12 Ibíd.

13 Mignolo, *Local histories/global designs*, *op. cit.*, 57.

14 Ibíd.

Una atención persistente hacia el colonialismo

La teoría de MC insiste en hacer notar que modernidad/colonialidad es la unidad apropiada para el análisis de la Modernidad. En palabras de Escobar, "no hay modernidad, sin colonialidad".[15] Desde una perspectiva de MC, la Modernidad es un proyecto del Occidente cristiano y secular, que con el fin de establecerse a sí mismo como "modernidad", necesita del concepto de colonialidad. Este último simboliza ambos, la ceguera del proyecto moderno, al mismo tiempo que el espacio donde los nuevos proyectos "pluriversales" comienzan a desarrollarse. En este orden de ideas, para los académicos de la MC, la colonialidad no se convierte en una nueva abstracción universal. Por el contrario, la colonialidad se convierte en ese espacio donde la "diversidad" como proyecto universal puede comenzar a desarrollarse.[16]

La adopción de una perspectiva mundial en la explicación de la Modernidad

En lo que podría considerarse como un intento de abrir nuevos espacios y oportunidades para el "cambio social y la alteridad radical",[17] la MC presenta una visión de perspectivas intramodernas, lo que abre la posibilidad de hacer comparaciones entre los puntos de vista intramodernos y los de la MC.

Con base en los escritos de Habermas y Giddens, Escobar presenta una caracterización intramoderna de la Modernidad, de la siguiente manera: 1) históricamente, la Europa del siglo XVII (en especial, Francia, Alemania e Inglaterra), se movió alrededor del los procesos de la Reforma, la Ilustración y la Revolución francesa, y se consolidó con la Revolución Industrial; 2) sociológicamente, en ciertas instituciones, particularmente en instituciones como el Estado nación, caracterizado por el distanciamiento de la vida social del contexto local, o la separación de tiempo y espacio, puesto que las relaciones con los "otros ausentes" se convierten en más importantes que las interacciones cara a cara;[18] 3) culturalmente, por la apropiación de los fundamentos culturales por el conocimiento experto; este proceso es descrito por Habermas en los siguientes términos: "A medida que se incrementa la racionalización del mundo y de la vida, acompañada por la universalización y la individuación […], el orden y la razón se ven como

---

15 Escobar, "'Worlds and knowledges otherwise'…", *op. cit.*, 6.

16 Ibíd., 9. Mignolo, *Local histories/global designs*, *op. cit.*, 310 y 311.

17 Escobar, "'Worlds and knowledges otherwise'…", *op. cit.*, 3.

18 Anthony Giddens, *The Consequences of Modernity* (Stanford: Stanford University Press, 1990). Escobar, "'Worlds and knowledges otherwise'…", *op. cit.*, 3.

los fundamentos para la libertad y la igualdad, y [dan] origen al lenguaje de los 'derechos'",[19] y 4) filosóficamente, por la emergencia de la noción del *hombre* como el sustento para todo el conocimiento y el orden en el mundo, separado de lo natural y lo divino (un antropocentrismo penetrante).

En el proceso de formular una visión alternativa de la modernidad, la MC primero explora diferentes críticos al proyecto de modernidad. En primer lugar, los académicos encuentran a Paul Virilio,[20] puesto que él sostiene que la Modernidad trae deslocalización, incluyendo la "marginalización" del lugar (el aquí y el ahora de la acción social) en la definición de la vida social. Segundo, la MC analiza las bases del orden y la racionalidad occidentales, en las cuales está basada la dominación y el desencanto traído por la razón instrumental, la normalización de la vida y el aconductamiento de las personas. Aquí, la MC se basa en la máxima de Foucault de que "la Ilustración que descubrió las libertades también inventó las disciplinas".[21] Finalmente, el antropocentrismo de la Modernidad está relacionado con el logocentrismo y con el falogocentrismo, que significa que está pensado de acuerdo con los principios de la racionalidad occidental.[22] En vista de esta realidad, la MC propone la posibilidad de una red de historias locales y globales, construidas sobre una perspectiva de una alteridad enriquecida y una "exterioridad" al mundo colonial y moderno.[23]

Subalternización de conocimientos y culturas no occidentales

La expansión del capitalismo en el punto más alto de la noción de Estado-nación en Europa trajo consigo la expansión de conceptos, métodos y teorías. "Kant y Hobbes, Hegel y Marx, Freud y Heidegger se convirtieron en modelos para pensar".[24] Sin embargo, así como Mignolo lo expresa, no hay mucho que hacer con Kant en África; aunque un pensador brillante es completamente ciego a la colonialidad. Lo mismo aplicaría para Marx si tratáramos de usar sus teorías para analizar las experiencias de los pueblos indígenas de las Américas. Mientras que Marx es útil para entender y criticar la construcción del capitalismo, las experiencias de los pueblos indígenas

---

19 Escobar, "'Worlds and knowledges otherwise'...", *op. cit.*, 4.

20 Paul Virilio, *Politics of the very worst* (Nueva York: Semitext[e], 2000).

21 Michel Foucault, *Omnes et singulatim. Towards a criticism of "political reason"* (1979), citado en Hubert Dreyfus y Paul Rabinow, *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics* (Chicago: The University of Chicago Press, 1982), 222

22 Escobar, "'Worlds and knowledges otherwise'...", *op. cit.*, 4.

23 Ibíd., 5.

24 Delgado y Romero, "Local histories and global designs...", *op. cit.*, 10.

y de los esclavos africanos son notablemente diferentes de aquellas de los trabajadores europeos en fábricas.[25]

En este orden de ideas, Mignolo[26] pregunta: ¿debe el mundo continuar pensando y hablando desde modelos hegemónicos de pensamiento, de derecha o de izquierda que emergió en Europa bajo el capitalismo? Al contestar esta pregunta, Mignolo reconoce que sería muy difícil volver a las tradiciones originales de pensamiento (China, islam, indígenas americanos, latinoamericanos), dada la hegemonía creciente del mundo moderno/colonial.[27] Él sugiere explorar las posibilidades del "pensamiento de frontera"[28] y entiende por el mismo "vincular el colonialismo de la epistemología occidental (de izquierda o derecha), desde la perspectiva de las fuerzas epistémicas que han sido convertidas en formas subalternas de conocimiento (tradicional, folclórico, religioso, emocional, etc.) Esto es, involucrarse en 'pensamiento de frontera' es moverse más allá de las categorías creadas e impuestas por la epistemología occidental".[29] Mignolo es muy claro al afirmar que estas epistemologías de frontera nunca reemplazarán las existentes; las macronarrativas existentes están bien establecidas. Él aboga por un "espacio para una epistemología que venga desde la frontera y que busque transformaciones éticas y políticas".[30]

De acuerdo con Mignolo,[31] el concepto de pensamiento de frontera está relacionado con aquellos de *doble conciencia*, de Du Bois; *doble visión*, de Wright; *conciencia mestiza*, de Anzaldúa; *fronteras de la teoría*, de Calderón y Saldívar, y *doble crítica*, de Khatibi.

La supremacía de la epistemología universal occidental

El profesor venezolano Edgardo Lander[32] ofrece una explicación sucinta de los supuestos básicos del conocimiento eurocéntrico como supremo y universal. Él comienza por señalar que el conocimiento eurocéntrico está basado en la construcción de múltiples y repetidas divisiones y oposiciones.

---

25 Ibíd.

26 Ibíd., 10 y 11.

27 Ibíd., 11.

28 Ibíd.

29 Ibíd.

30 Ibíd.

31 Walter Mignolo y Madina Tlostanova, "The Logic of coloniality and the limits of post-coloniality", en *The post-colonial and the global: Connections, conflicts, complications*, editado por R. Krishnaswamy y J. Hawley (publicación en proceso), 84.

32 Eduardo Lander, "Los derechos de propiedad intelectual en la geopolítica del saber de la sociedad global", en Catherine Walsh, Freda Schiwy y Santiago Castro-Gómez, eds., *Indisciplinar las ciencias sociales: geopolíticas del conocimiento y colonialidad del poder: perspectivas desde lo andino* (Quito: UASB-Quito/Abya Yala, 2002), 245.

Específicamente se refiere a los dualismos jerárquicos de razón y cuerpo, sujeto y objeto, cultura y naturaleza, masculino y femenino. Segundo, el conocimiento eurocéntrico entiende a la historia regional europea o historia local como historia universal. Desde este punto de vista, Europa sirve como referencia para todas las historias, representando el punto más alto del progreso de la humanidad desde lo "primitivo" hasta lo "moderno". Tercero, el conocimiento eurocéntrico convierte las diferencias en diferencias de valor. Cuarto, el conocimiento eurocéntrico considera que el conocimiento científico y el desarrollo tecnológico avanzan en una dirección lineal hacia mayores niveles de conocimiento y hacia una mayor habilidad de transformar el medioambiente.[33]

A manera de conclusión: reflexiones sobre el dualismo de género y el papel de la Corte Constitucional

Sin pretender agotar el debate en este sentido, quisiera plantear algunas reflexiones que me surgen cuando miro el fenómeno discriminatorio basado en el género a través de los lentes de la teoría de MC.

La primera y tal vez más importante reflexión gira alrededor del tipo de problemáticas en las que se ha concentrado el litigio constitucional y los asuntos que han sido objeto de análisis, y que la Corte explica de la siguiente manera:

> Cabe preguntarse por los frentes de acción de la justicia constitucional en materia de género. Tal como se explicó [...], ha sido claro el interés de la Corte por impulsar cambios en las percepciones, preconcepciones e ideas sobre el género que tienden a alimentar una cultura patriarcal, en el entendido de que las prácticas sociales que dan lugar a la vulneración de los derechos de las personas se asientan sobre tales imaginarios. Esto explica, por ejemplo, el marcado interés en la terminología legal, y en general, en el lenguaje que utilizan las distintas instancias públicas y privadas. Desde otra perspectiva, sin embargo, podría llegar a considerarse como cuestionable que el juez constitucional asuma la tarea de promover cambios culturales, no solo porque se trata de una tarea ambiciosa y con resultados a veces inciertos, sino también porque esto podría desbordar la función del órgano judicial y traducirse en el descuido del examen de las prácticas discriminatorias como tal.[34]

A este respecto, reitero mi reconocimiento a la labor realizada por la Corte al impulsar el cambio de percepciones, preconcepciones e imaginarios. Esto va en total consonancia con los postulados de la teoría de MC, en

---

33 Ibíd.

34 Presentación del panel en el XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional.

el sentido de establecer un diálogo permanente entre las distintas formas de ver el mundo. El juez constitucional no puede desconocer la realidad que lo rodea, y por esto mi invitación es a interpretar esa realidad a través de lentes que pongan en evidencia las manifestaciones de poder subyacentes a las formas de discriminación. Cuando estas se hacen visibles y se nombran, se hace más fácil su manejo. En las palabras de Mignolo, citadas anteriormente, esto sería crear un "espacio para una epistemología que venga desde la frontera y que busque transformaciones éticas y políticas".[35]

En consonancia con lo anterior, y como producto de esta nueva mirada, la invitación sería a ir más allá, de ahí el título de la ponencia, de la epistemología occidental y sus postulados dualistas excluyentes. La invitación es a ir "más allá" de los planteamientos del filósofo alemán Jürgen Habermas sobre "inclusión". Como lo plantea Mignolo, en la conferencia realizada en Bolivia sobre Modernidad y Pensamiento Descolonizador, "¿qué le da derecho a Habermas a incluir?". Y yo agregaría ¿no será que al incluir estamos nosotros mismos poniéndonos en una posición preponderante?[36]

La invitación concreta a nuestro juez constitucional es entonces a explorar otros "lentes" a través de los cuales puedan observar nuestras realidades de género. Eugenia Fraga[37] menciona algunas posibilidades de superar los dualismos o formas binarias de pensamiento, así el teórico poscolonial de origen indio y profesor de la Universidad de Harvard Homi Bhabha ofrece una primera salida al binarismo a partir de su noción de "hibridez":

> Las identidades son aquí "lugares" intersticiales, "entre-medios"; la identidad no es aquí más que el punto en el que se cruzan sus múltiples condicionamientos, el "espacio" límite atravesado por ellos. Esta definición "vacía" de las identidades es lo que permite que entre ellas haya distintas hibridaciones, o combinaciones, potenciándose así las posibilidades de agencia subjetiva y colectiva.[38]

Una segunda solución al pensamiento binario, continúa Fraga, la presenta la antropóloga y feminista argentina, Rita Segato, en su noción de *pluricultura*:

> Si bien esta autora defiende la radicalidad de las diferencias culturales, sostiene simultáneamente la necesidad de que estas convivan en un mismo

---

35 Walter Mignolo, *Local histories/global designs* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2000), 11.

36 Walter Mignolo, "Modernidad y pensamiento descolonizador", video de Youtube, https://bit.ly/2RYjTvm

37 Eugenia Fraga, "El pensamiento binario y sus salidas", *Estudios Sociales Contemporáneos* 9 (2014): 66-75.

38 Ibíd., 70.

> mundo, cuyo modelo es el del Estado pluricultural. Lo importante de que las diferencias radicales convivan es que todas ellas se tornan así legítimas y potenciales definidoras de lo que ese mundo común debe ser.[39]

Fraga menciona en tercer lugar a la indígena quechua Rosalía Paiva, y su noción de *paridad*: "Las diferencias aquí no son excluyentes sino complementarias, y juntas construyen una identidad, que entonces nunca puede ser unitaria. La identidad, por ello, es inherentemente una relación entre pares, una relación donde el 'otro' es siempre necesario para la completud".[40]

Finalmente, concluye Fraga, está la superación del pensamiento binario planteada por Gloria Evangelina Anzaldúa, académica, activista política chicana, feminista, escritora y poeta, quien desarrolló la noción de *mestizaje*:

> La identidad mestiza es constitutivamente fragmentaria, partida, dividida, dilemática; y sin embargo, la fragmentación, la partición, la división y el dilema son solo un momento intermedio, luego del cual se crea una conciencia fronteriza, no separada en fronteras, sino uniendo esas fronteras. La identidad mestiza es un tránsito continuo entre diferencias, es la heterogenización de las matrices homogéneas, es la ambigüedad convertida en fundamento.[41]

---

39 Ibíd.

40 Ibíd.

41 Ibíd.

Las capacidades diversas como expresión de la dignidad humana

ALBERTO ROJAS RÍOS*

Queremos un mundo en el que la vulnerabilidad sea reconocida como esencial en lo humano. Que lejos de debilitarnos nos fortalece y dignifica. Un lugar de encuentro común que nos humaniza.

María, niña en condición de discapacidad, en la visita del papa Francisco, Nunciatura Apostólica, jueves 7 de septiembre de 2017

La Constitución política de 1991 más que una carta de derechos es una *promesa de garantía de derechos*. En esta medida, el objetivo principal del ordenamiento jurídico colombiano es precisamente la garantía de unas condiciones mínimas —o puntos de partida esenciales— que permitan el desarrollo de una *vida digna*, en especial de los más débiles o de las personas en condición de gran vulnerabilidad.

Van aquí algunas reflexiones dentro del panel sobre discapacidad en torno al *impacto* y la *eficacia* de las decisiones proferidas por nuestro tribunal constitucional en relación con la protección de los derechos de las personas con diversidad funcional u orgánica, que para los efectos de esta intervención hemos dado en llamar *capacidades diversas*.

Es necesario empezar con una precisión conceptual: si bien hoy en día utilizamos la expresión *diversidad funcional u orgánica* para referirnos

* Magistrado de la Corte Constitucional desde el 2 de mayo de 2013. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, candidato a doctor por la Universidad de Valencia (España), con maestría de Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional del Instituto de Derechos Humanos de la misma universidad, y con especializaciones en Derecho Procesal, Derecho Administrativo y Derecho Constitucional.

a la persona en situación de discapacidad, en algunos momentos me referiré a la noción de *discapacidad* en los términos en los cuales es definida por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD),[1] según la cual,

> *la discapacidad* es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.[2]

Lo anterior permitió implantar el denominado *modelo social de la discapacidad*, dejando a un lado otros modelos, como el de *prescindencia —o exclusión—* y el *médico-rehabilitador*, que asumía la discapacidad como una enfermedad, para pasar a comprenderla como el resultado de la interacción entre las diferencias funcionales y las barreras del entorno —físicas, sociales, actitudinales y jurídicas—, que impiden a las personas diversas física, mental, intelectual o sensorialmente participar en la sociedad en condiciones de igualdad.

¿Cuál fue la promesa del Constituyente para la protección de las personas en situación de discapacidad?

La Constitución política de 1991 cuenta con varias cláusulas encaminadas a la protección especial que merecen las personas con diversidad funcional u orgánica; así, por ejemplo, el artículo 13 establece el mandato a las autoridades de que adopten medidas orientadas a propiciar una igualdad real y efectiva de los grupos marginados o discriminados; el artículo 47 impone al Estado la obligación de implementar una política pública de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, y el artículo 68 prescribe el deber estatal de fomentar la educación de personas con limitaciones físicas, psicosociales o sensoriales.

Como punto de partida para abordar el concepto de discapacidad es pertinente recordar que la Corte Constitucional ha señalado que la *dignidad humana* —pilar sobre el cual se ha erigido la protección de los más vulnerables— es un valor superior y un principio fundante del Estado colombiano.

Desde una perspectiva analítica, son notables los avances que se han presentado en Colombia en el discurso *hacia el reconocimiento pleno de las garantías de que son titulares las personas con discapacidad*.

---

1 Adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, cuya ley aprobatoria (1346 de 2009) fue declarada exequible mediante Sentencia C-293 de 2010 y ratificada el 10 de mayo de 2011.

2 Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), preámbulo.

Alentada por su espíritu garantista, la Corte Constitucional, desde su jurisprudencia temprana, ha sido enfática en afirmar que de nuestro pacto político se desprende un *deber positivo, en cabeza del Estado, de dispensar un trato incluyente a las personas con discapacidad*, que por sus circunstancias particulares se encuentran en aguda indefensión frente a las autoridades y los coasociados. Y es precisamente la protección de estas personas una de las promesas más caras de la Constitución de 1991.

¿Cuál ha sido la respuesta en la jurisprudencia de la Corte Constitucional?

En su orden, referiré las principales decisiones judiciales en torno a los siguientes temas: transporte público, trabajo, sistema integral de seguridad social —salud—, educación, participación democrática y lenguaje.

En las sentencias T-401 de 1992 y T-159 de 1993, la Corte resaltó, con criterios que ha venido actualizando durante sus veinticinco años de existencia, la obligación del Estado de proteger a las personas en condición de debilidad manifiesta "como base primordial el derecho a la igualdad y la necesidad de proporcionar un trato compensatorio a quienes no pueden fácilmente acceder a los medios materiales que garanticen su subsistencia y su dignidad".[3]

Veamos.

Accesibilidad física como garantía de libertad de locomoción (transporte público)

Las personas con discapacidad han sido históricamente *invisibilizadas*. La existencia de *barreras físicas y arquitectónicas* han acentuado tal marginación y obstaculizado el ejercicio pleno de sus derechos. De lo anterior, surge entonces la importancia de la garantía del derecho a la *accesibilidad física*. En palabras de este tribunal: "A través de la posibilidad de acceder a diversos espacios físicos, el individuo puede autónomamente elegir y trazar su plan de vida y desarrollarse libremente como persona y ciudadano".[4]

La accesibilidad a los medios masivos de transporte público ha sido una de las preocupaciones constantes de este tribunal constitucional, el cual desde sus inicios resaltó que el transporte es un presupuesto necesario para garantizar el goce efectivo de la libertad de locomoción.

En la Sentencia T-595 de 2002 se asumió la decisión de la tutela de una persona en silla de ruedas que solicitaba le fuera garantizado su derecho a

---

3 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-159/93 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa).

4 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-269/16 (M. P. María Victoria Calle Correa).

acceder al servicio de transporte público urbano, pues las rutas alimentadoras de Transmilenio en Bogotá no estaban acondicionadas para personas en su situación. La Corte tuteló los derechos a la libertad de locomoción e igualdad del peticionario, y le ordenó a Transmilenio que en el término máximo de dos años diseñara un plan orientado a garantizar el acceso de las personas en situación de discapacidad al sistema de transporte público masivo, y que, una vez diseñado, iniciara inmediatamente el proceso de ejecución de conformidad con el cronograma incluido en él. Esta decisión transformó una realidad cuya dinámica continúa en evolución.

Se ha protegido igualmente la facultad de desplazarse con facilidad y sin obstáculos en edificaciones abiertas al público de diversa naturaleza.[5] En la Sentencia T-1258 de 2008, de suyo emblemática, la Corte decidió una acción de tutela interpuesta por una persona de talla baja contra la rama judicial, que consideraba que la altura de las ventanillas de atención al público de esta entidad constituían una barrera que le impedía acceder en forma adecuada a la información, situación que vulneraba su derecho a la igualdad y a la dignidad humana. En aquella oportunidad, la Corte constató la omisión del Estado de ofrecer un trato especial para las personas de talla baja que asegurara el acceso efectivo a toda clase de información y atención pública, sin someter a la persona a circunstancias que *menoscaben su autonomía y dignidad*. En consecuencia, se ordenó elaborar una política sectorial de accesibilidad y de adecuación de la infraestructura física de la Rama Judicial que garantizara los derechos fundamentales de las personas de talla baja en los diferentes escenarios de atención al público.

Tres años después de proferida la anterior decisión, en la Sentencia T-553 de 2011 la Corte determinó que las instalaciones del Complejo Judicial de Paloquemao, en la ciudad de Bogotá, presentaban limitaciones de acceso físico y arquitectónico para personas que utilizan silla de ruedas. Por ello, ordenó al Consejo Superior de la Judicatura adecuar las salas de audiencia de tal forma que se garantizara el derecho a la accesibilidad física de las personas que utilizan sillas de ruedas e instalar barandas en todas las rampas y escaleras del primer piso, observando las especificaciones técnicas pertinentes.

---

[5] Véase las sentencias pronunciadas durante dieciséis años (entre el 2000 y 2016): Sentencia T-1639/00 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), Sentencia T-682/01 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), Sentencia T-276/03 (M. P. Jaime Córdoba Triviño) y Sentencia T-269/16 (M. P. María Victoria Calle Correa).

Derecho al trabajo y estabilidad laboral reforzada

El reconocimiento del *derecho al trabajo* y a *la estabilidad laboral reforzada* se ha consolidado como un mecanismo que permite a las personas con discapacidad llevar una vida en condiciones de dignidad.

La Corte ha consolidado en sede de tutela una línea constante,[6] sobre el alcance del derecho al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, en el sentido de señalar como regla que son titulares de estos aquellas personas que: "i) Tengan una afectación en su salud; ii) esa circunstancia les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares; y se tema que, iii) en esas condiciones particulares, puedan ser discriminados por ese solo hecho".

Sistema integral de seguridad social (salud)

Paralelamente, la jurisprudencia constitucional ha puesto de presente un esfuerzo constante por consolidar el disfrute del derecho a la salud como presupuesto para el goce efectivo de los demás derechos.

En el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, en la Sentencia T-988 del 2007 el tribunal constitucional incluyó a las mujeres con discapacidad dentro de quienes pueden interrumpir el embarazo si están dentro de una de las causales determinadas en la Sentencia C-355 de 2006. Tal postura encuentra sustento en el derecho fundamental a la igualdad y a la salud.

En el mismo sentido, en la Sentencia T-946 de 2008 dispuso que las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud *no pueden interponer obstáculos cuando se solicite la interrupción del embarazo de una mujer en situación de discapacidad* que ha sido víctima de acceso carnal violento.

En cuanto a los *derechos sexuales y reproductivos*, la Corte se ha concentrado en garantizarlos en un marco de igualdad y no discriminación. En otros pronunciamientos,[7] se ha reiterado la regla según la cual en casos de procesos de *esterilización de personas con discapacidad* es indispensable contar con el consentimiento informado de la persona, cuando esto sea posible, o de su tutor en última instancia.

---

[6] Véase, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-065/96 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), Sentencia T-198/06 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), Sentencia T-125/09 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) y Sentencia T-368/16 (M. P. Alberto Rojas Ríos).

[7] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-850/02 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), Sentencia C-131/14 (M. P. Mauricio González Cuervo), Sentencia T-740/14 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), Sentencia C-182/16 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado), Sentencia T-573/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva) y Sentencia T-690/16 (M. P. Alberto Rojas Ríos).

En aquellos casos, se consideró que

> la intervención quirúrgica de esterilización definitiva en menores de edad en situación de discapacidad mental solo es procedente cuando: i) exista un riesgo inminente de muerte a raíz de un eventual embarazo y frente a la imposibilidad de evitarlo eficazmente por otros medios y/o; ii) se trate de una discapacidad, certificada médicamente, que le impidiera a la paciente emitir cualquier clase de consentimiento hacia el futuro.[8]

Así las cosas, se ordenó que siempre debe mediar autorización del juez de familia,[9] con el fin de *proteger la autonomía del paciente y sus derechos sexuales y reproductivos*.

Ahora bien, con respecto a la pensión de invalidez, la Corte Constitucional de Colombia en varias providencias[10] ha determinado que, cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, como Alzheimer, esclerosis múltiple, artritis reumatoide, cáncer, entre otras, en donde *la pérdida de capacidad laboral es gradual*, se deberá tomar como *fecha de estructuración de la invalidez el momento en que la persona haya perdido de forma definitiva y permanente su capacidad laboral* en un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento.

Educación

En el marco del *derecho a la educación*, la Corte Constitucional ha adoptado un enfoque inclusivo, según el cual los estudiantes con capacidades diversas deben ser aceptados en las instituciones educativas regulares.[11] En particular quisiera referirme a la Sentencia T-974 de 2010, en la cual la Corte amparó los derechos fundamentales a la salud y a la educación inclusiva de una niña de ocho años en situación de discapacidad, diagnosticada con déficit cognitivo moderado y microcefalia, a quien su EPS no autorizaba darle atención integral en una institución especializada en el área de discapacidad cognitiva.

---

8 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-665/17 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

9 Congreso de la República, Ley 1306, de 5 de junio de 2009, *Diario Oficial* 47.371, artículo 48, numeral 8.º.

10 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-671/11 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), Sentencia T-427/12 (M. P. María Victoria Calle Correa), Sentencia T-022/13 (M. P. María Victoria Calle Correa), Sentencia T-483/14 (M. P. María Victoria Calle Correa) y Sentencia SU588/16 (M. P. Alejandro Linares Cantillo).

11 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-443/04 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), Sentencia T-826/04 (M. P. Rodrigo Uprimny Yepes), Sentencia T-093/07 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) y Sentencia T-139/13 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Participación democrática

Mediante las tutelas T-473 y T-487 de 2003, la Corte Constitucional viabilizó la inclusión de aproximadamente 1 200 000 colombianos para que pudieran ejercer el derecho al voto. En estos dos asuntos, los accionantes, personas en situación de discapacidad visual, alegaban la vulneración de sus derechos fundamentales a la participación política y a la igualdad, dado que la Registraduría Nacional del Estado Civil no emitía tarjetas electorales con sistema braille.

En criterio de este tribunal, existe para el Estado el compromiso de proteger a las personas con discapacidad visual a través de acciones positivas que les permitan el ejercicio de su derecho fundamental y político a votar en condiciones de igualdad. En palabras de la Corte:

> Como quiera que la actividad de votar a través de tarjetas electorales tradicionales requiere del uso de la vista, resulta consecuente, que este mecanismo de participación sea adaptado a la limitación visual de esta población, para que puedan ejercer su derecho al voto, no solo de conformidad con las exigencias del art. 258 Superior, sino también en igualdad de condiciones frente a los demás electores.[12]

A partir de esta línea jurisprudencial, la Corte ordenó a la autoridad electoral "la expedición de tarjetas electorales transcritas al sistema braille, y su suministro a los invidentes que las requieran".[13]

Lenguaje

Se ha analizado igualmente el uso de las expresiones lingüísticas en diferentes *escenarios*, entre los cuales se encuentran los derechos de las personas con discapacidad. Por ejemplo, en la Sentencia C-478 de 2003, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las expresiones del Código Civil que asociaban la discapacidad mental a categorías como "mentecatos", "idiotismo y locura furiosa".

Luego, en la Sentencia C-147 de 2017, la corporación se refirió a la relación que existe entre el lenguaje y la discriminación. Y concluyó que la expresión *al discapacitado*, contenida en el artículo 2.º de la Ley 1145 de 2007,[14] no es neutral y "desconoce el enfoque social de la discapacidad", en tanto

> impide reconocer a las personas en condición de discapacidad como sujetos de plenos derechos, con capacidades funcionales diversas, que

---

12 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-487/03 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

13 Ibíd.

14 Congreso de Colombia, Ley 1145, de 10 de julio de 2007, *Diario Oficial* 46.685, "por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones".

> requieren de un entorno que les permita desenvolverse con la mayor autonomía posible y ser parte de la sociedad si aquella se adapta a sus singularidades y les da el valor que les corresponde como personas.

Conclusiones

De lo expuesto se colige, sin lugar a dudas, que los pronunciamientos del tribunal constitucional de Colombia han estado y siguen estando encaminados a la materialización de los principios, derechos y libertades consagrados en la CDPD y en la Constitución política de 1991, a fin de que estos trasciendan el papel y contribuyan significativamente, en la erradicación de "la profunda desventaja social de las personas con discapacidad y promover su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural", como lo prevé la propia CDPD.

Sin embargo, es necesario reflexionar sobre los desafíos que aún nos quedan. Entre ellos se vislumbra la necesidad de acoger en su totalidad el modelo social de discapacidad, y de esta manera promover su implementación en todas las esferas de la sociedad, por ejemplo, a través de políticas públicas acompañadas de legislación que las desarrolle, y con ello pasar de la simple teoría a garantizar plenamente los derechos de las personas con diversidad orgánica o funcional. Esto debido a que, pese a los esfuerzos orientados a la protección de sus derechos e inclusión social, siguen siendo víctimas de la indiferencia por parte de la comunidad y del Estado mismo, como lo señalan varias organizaciones nacionales e internacionales.

Aunque la postura decantada por esta corporación muestra la especial protección de que son titulares las personas con capacidades diversas, aún queda un largo camino para que estas puedan acceder en condiciones de igualdad con respecto a los demás a los diferentes escenarios planteados (transporte público, trabajo, sistema integral de seguridad social, participación democrática y educación) y como la jurisprudencia reseñada lo ilustra.

A manera de reflexión quisiera recordar lo que el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad afirmó en 2006 en las observaciones finales del informe inicial sobre Colombia, en el cual expresó que "le preocupa que los esfuerzos para promover la inclusión laboral de personas con discapacidad *son escasos y de bajo impacto*".[15] Por lo que recomendó se "adopten medidas para agilizar el pleno empleo de

---

[15] Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*

personas con discapacidad en el mercado de trabajo abierto, incluyendo medidas de acción afirmativas".[16]

Desde la sociedad civil también se oyen clamores en el sentido de diseñar dispositivos de protección más eficaces: la Fundación Saldarriaga Concha afirmó en el informe *Discapacidad e inclusión social en Colombia* que

> los inspectores de trabajo no cuentan con una reglamentación clara de la protección laboral reforzada que les permita analizar de manera objetiva las solicitudes de los empleadores y tomar decisiones administrativas que garanticen los derechos de ambas partes. Esto ha hecho que en muchos casos las relaciones laborales se petrifiquen y ha desincentivado la contratación de algunas personas con discapacidad bajo el imaginario que las personas con discapacidad no pueden ser despedidas en ningún caso.[17]

Adicionalmente el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, en una intervención realizada ante la Corte Constitucional en el año que avanza, afirmó que

> el contexto colombiano de discriminación continúa afectando su derecho al trabajo y una parte muy reducida de esta población es empleada en la actualidad, como lo muestran las cifras que se presentan a continuación: de acuerdo con el Censo del 2005 y con las proyecciones poblacionales a 2015, de los 3 000 000 de personas con discapacidad que tiene Colombia el 52,3 % está en edad de trabajar (cerca de 1,6 millones de personas) pero solamente el 15,5 % (480 000 personas con discapacidad) tiene trabajo, y solo el 2,5 % gana un (1) salario mínimo o más.

Ahora bien, en lo que a nuestra función jurisdiccional atañe, debemos trazarnos decididamente la meta de que las sentencias proferidas sean traducidas a *formatos de lenguaje incluyente*, que permita a los interesados acceder a su contenido, cuando sus destinatarios sean personas con capacidades diversas. Esta es apenas una de las múltiples formas para dar pasos hacia la erradicación de las barreras sociales, jurídicas y actitudinales que limitan el desenvolvimiento en la sociedad en plano de igualdad de las personas con diversidad funcional u orgánica.

En suma, y para concluir, la Corte apegada a la voluntad constituyente ha buscado a través de su jurisprudencia *sensibilizar a un país* de que ir a trabajar, ir al médico, ir al banco, ir al baño en un establecimiento público, disfrutar de la ciudad, salir con los amigos, comprar casa, usar el transporte

---

16 Ibíd.

17 Lucas Correa-Montoya y Marta Catalina Castro-Martínez, *Disability and Social Inclusion in Colombia: Saldarriaga-Concha Foundation Alternative Report to the Committee on the Rights of Persons with Disabilities* (Bogotá: Saldarriaga-Concha Foundation Press, 2006).

público, elegir un colegio o universidad para estudiar no tenga que pensarse varias veces debido a que la ciudad y las instituciones en general están diseñadas solo para otros miembros de la población. Y esta obligación necesariamente debe traducirse en medidas —a cargo del Estado, políticas públicas, legislación y una justicia activa— que garanticen una vida digna para todas las personas con capacidades diversas.

En apretada síntesis, hemos pasado los ojos sobre veinticinco años de jurisprudencia, sin detenernos, por razones de tiempo, en los demás derechos que podrían ser estudiados detenidamente, pretendiendo verificar si la jurisprudencia ha obrado como herramienta social para transformar la realidad.

¿Lo habremos logrado? El panel tiene la palabra.

La Corte Constitucional y el abordaje de la discapacidad a partir del fenómeno discriminatorio

ANDREA PADILLA-MUÑOZ*

In memoriam *Natalia Moreno Andrade, líder en discapacidad, guerrera y decidida. Descansa en paz.*

Introducción

El presente escrito sobre discapacidad se enmarca en el eje temático sobre el fenómeno discriminatorio del XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, en el cual se presentó el balance de los veinticinco años de jurisprudencia de la Corte Constitucional, llevado a cabo en San Juan de Pasto, del 28 al 30 de septiembre de 2017.

A continuación se citan los puntos más relevantes del documento enviado por la Corte Constitucional en relación con el litigio constitucional referente a la condición de discapacidad, con comentarios y preguntas, aunado a los temas que fueron abordados por la moderadora (Andrea Padilla-Muñoz) y los panelistas invitados durante el eje temático mencionado.

La metodología seleccionada para el desarrollo del conversatorio se estructuró en las presentaciones de expertos panelistas sobre aquellos

* Doctora en Ciencias Jurídicas (PhD) de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Magíster en Derecho (LLM) de la Universidad de Londres (Reino Unido), magíster en Mediación Europea (MSc) de la Fundación Universitaria Kurt Bösch (IUKB) (Suiza), especialista en Administración de la Universidad de Londres. También es abogada de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia); profesora de carrera académica; miembro del grupo de investigación en derechos humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

puntos relevantes relacionados con las temáticas de su experticia en el marco de la temática central de la condición de discapacidad y el fenómeno discriminatorio. La moderadora seleccionó unos temas relevantes sobre discapacidad, de acuerdo con la agenda internacional actual de la academia y con agencias internacionales que abogan por el tema desde los derechos humanos, y con las recomendaciones de los panelistas, como una forma de dinamizar el conversatorio.

Inicia el panel con los agradecimientos pertinentes a la Corte Constitucional, y con ello a sus honorables magistrados, en especial a su presidente, doctor Luis Guillermo Guerrero, y a su despacho por la invitación y magnífica organización, en cabeza del doctor Miguel Polo y su equipo.

Las tendencias de los fallos de la Corte Constitucional con respecto a la condición de discapacidad

En un primer grupo de fallos, la Corte se acoge al estudio sobre el lenguaje peyorativo y terminología utilizada para referirse a las personas con discapacidad, cuyo rechazo surge contra la discriminación.

Un segundo grupo de fallos proferidos se refieren al enfoque diferencial, teniendo en cuenta que, históricamente y en la actualidad, el colectivo de discapacidad "se encuentran en una posición desventajada por lo tanto se requiere un tratamiento preferencial".[1]

Y un tercer grupo es el de los "derechos específicos de las personas con discapacidad", en ambos se reconoce tanto el nivel prestacional como la autonomía personal.[2]

La caracterización del litigio constitucional y los derechos de las personas con discapacidad

A lo largo de estos veinticinco años, la Corte Constitucional ha abordado a través del litigio constitucional diversos temas relacionados con la condición de discapacidad. Uno de estos temas recientes se refiere a "la constitucionalidad del lenguaje legal" o de "las medidas que sancionan penalmente la discriminación". Al respecto valdría la pena figurarse la importancia del uso correcto del lenguaje en el momento de referirse a las personas con discapacidad, y, en caso de ser así, surge la incertidumbre acerca de si la ignorancia del uso correcto de dicho lenguaje podría tener consecuencias en el ámbito penal.

---

1 Ibíd.

2 Ibíd.

Con el artículo 8 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) se busca promover entre los ciudadanos la "toma de conciencia acerca de los derechos" de esta población. En los términos en que fue plasmada esta obligación para los Estados en la CDPD, se entiende que se debe buscar un mayor impacto y profundidad sobre la sociedad que si se limitara a la acción de "sensibilizar". Por lo cual busca reforzar el cambio de las percepciones para mejorar la situación de las personas con discapacidad, así como promover la conciencia de sus capacidades, en cabeza de los países que han ratificado la convención y que deben tratar de eliminar cualquier tipo de estereotipos y prejuicios.

Otros ámbitos que referencia el documento de la Corte Constitucional son la salud, los derechos sexuales y reproductivos, la educación, el desplazamiento forzado y la seguridad social, en los que se han adelantado litigios que posesionan la condición de discapacidad como una categoría que se hace cada vez más extensiva en la jurisprudencia constitucional.

En relación con el modelo social de la discapacidad, la Corte utiliza dicha aproximación en la gran mayoría de sus fallos, sin permitirse proponer un modelo distinto o ecléctico. De otro lado, considera que "la discapacidad es siempre el resultado de estructuras económicas, políticas y sociales inequitativas, que no existe un sustrato individual a la discapacidad" o "que la respuesta a la discapacidad deb[e] consistir siempre en la aceptación social de la diferencia y en la modificación de las estructuras sociales de base".[3]

La aproximación de la Corte surge a partir de un modelo social en donde "las barreras sociales y ambientales que limitan o niegan el acceso o el ejercicio de los derechos, más que en las características funcionales de las Personas con Discapacidad". Tal y como lo buscaba Michael Oliver, uno de los creadores del modelo social, para tener una alternativa diferente al modelo médico justo cuando surgía la CDPD. En palabras de Victoria Maldonado, este es un nuevo paradigma de aproximación a la discapacidad,[4] sin embargo, existen otros modelos,[5] varios recientes, como es el caso del modelo de derechos humanos, el modelo de capacidad y el cultural.

Para Degener, el modelo de derechos humanos es el mejoramiento del modelo social, teniendo en cuenta que este último se relaciona a partir de reformas de derechos civiles y políticas antidiscriminatorias, mientras que el modelo de derechos humanos abarca ambos, los derechos civiles y

---

3 Ibíd.

4 Victoria Maldonado, "El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 46, n.º 138 (2013): 1093-1109.

5 Andrea Padilla-Muñoz, "Discapacidad: contexto, concepto y modelos", *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* 16 (enero-junio de 2010): 381-414.

políticos, así como también los económicos, los sociales y los culturales.[6] Para la Corte es muy importante tener en cuenta los avances que surgen en materia teórica, como los hallazgos de investigaciones, para proveerse de mayor evidencia en sus decisiones y trabajar con la academia, como bien lo ha estado realizando.

Aún así, la Corte ha entendido que se trata únicamente de diferencias que deben ser reconocidas y aceptadas, pero no alteradas ni suprimidas. Por lo que se propone no una supuesta normalización de los individuos, sino la aceptación social de la diferencia y la intervención en las estructuras sociales de base, que son aquellas que impiden la realización y el pleno goce de los derechos de este segmento social.

Con relación al diseño universal, si bien es cierto que la Corte Constitucional ha dicho que este debe prevalecer, ¿se podría decir que en la actuación del Estado y de la sociedad, y en general en la práctica, existe un alto grado de ineficacia con respecto a esos pronunciamientos?

Por último, para cerrar el conversatorio del eje temático en cuestión, el grupo ponente, junto a la moderadora, de manera unánime, se refieren a varios temas que se deben tener en cuenta por parte de la Corte Constitucional para reforzar el magnífico trabajo que ha venido desarrollando, como la ampliación de la aplicación del enfoque social al enfoque de derechos humanos, el acceso a la justicia, la capacidad legal, la vida independiente, la educación inclusiva y la discapacidad psicosocial, además de los casos "límites" abordados por la Corte Constitucional en relación con la discapacidad severa y profunda, de manera que a las personas en condición de discapacidad se les garantice el disfrute del derecho a la libertad y la seguridad y que no sean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente.

Reflexiones

1. El tema del lenguaje es un tema que se ha abordado permanentemente por parte de la Corte Constitucional desde un aspecto no discriminatorio. Aunque podría pensarse que este es un tema que no puede agotarse, se ha avanzado. Y como existen otras prioridades en relación con la condición de discapacidad, sería valioso avanzar en otros temas con la rigurosidad con la que se ha tratado este.
2. Es imprescindible la valoración de la heterogeneidad del colectivo de discapacidad y sus necesidades, debido a que estas varían caso a caso.

---

[6] Theresia Degener, "A human rights model of disability", en *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*, editado por Peter Blanck and Eilionóir Flynn (Nueva York: Routledge, 2014).

3. Debe evaluarse si realmente el enfoque de la discriminación abordada desde la Corte Constitucional logra consagrar una verdadera inclusión, por cuanto "no discriminar" no significa necesariamente incluir. Y la inclusión para el colectivo en condición de discapacidad no solo es simplemente un anhelo, sino es el espíritu mismo de las normas que protegen a dicho colectivo.
4. En relación con el tema de la discapacidad psicosocial, y teniendo en cuenta los diversos ámbitos —como la investigación, la normatividad, la jurisprudencia y la política pública, entre otros—, esta se ha desarrollado más bien poco y pasa por "invisible" en esos aspectos.
5. La vida independiente, así como la capacidad jurídica y el acceso a la justicia, son temas que deben articularse para su completa y correcta interpretación en el marco de la CDPD.
6. Debe promoverse la investigación y trabajar con los hallazgos teóricos, jurídicos y empíricos, que den cuenta de las necesidades de las personas en condición de discapacidad, en aras de impactar los hechos verídicos y necesarios, a partir de sus necesidades y vivencias desde la acción participación.

La discapacidad y sus debates frente al derecho liberal

HERNÁN CORREA CARDOZO*

¿Por qué, desde el punto de vista del desarrollo normativo y su eficacia social, es tan lento y muchas veces frustrante el proceso de implementación de los derechos de las personas con discapacidad? Las respuesta a este problema son múltiples, y la mayoría de ellas escapa a los reducidos márgenes del derecho. Con todo, mi propósito es concentrarme en una de ellas, centrada en la fundamentación teórica (y política) de las normas jurídicas que tratan sobre la capacidad de las personas y las consecuencias que en la práctica social tiene ese fundamentación.

La tesis central que defiendo consiste en que la construcción del derecho civil y, en general, de todas aquellas normas que regulan la relación entre los sujetos están, incluso hasta el día de hoy, basadas en el concepto del individuo construido hace más de dos siglos en la irrupción de la democracia liberal. Esta circunstancia impone serias barreras para hacer compatible el modelo social de la discapacidad con las normas ordinarias que regulan la capacidad y, de una manera más general, con las previsiones que regulan los contratos. Por ende, los propósitos de inclusión y tratamiento igualitario de las personas con discapacidad deben sustentarse no solo en una más amplia toma de conciencia sobre la necesidad de implementar el modelo social, sino también en un cambio de paradigma en la comprensión que se tiene, desde los órdenes jurídicos, de la noción de sujeto de derechos, que antecede a las relaciones normativas entre particulares.

* Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional y profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de los Andes.

La otredad derivada de la construcción de los sujetos

El derecho liberal es resultado de una manera particular de comprender el Estado y su relación con la sociedad y, particularmente, con el mercado. En los Estados premodernos,[1] el derecho reconocía la capacidad de las personas como una variable dependiente de su pertenencia a determinado grupo social, por lo que en estricto sentido no podría hablarse de derechos subjetivos de las personas, sino de privilegios. Esta situación cambió luego de las revoluciones burguesas, en las cuales triunfó el derecho liberal y, con él, la ficción del individuo libre y autónomo, titular de derechos (generalmente libertades, comprendidas como deberes de abstención para el Estado) y dotado de la competencia para suscribir obligaciones.[2]

No es desatinado afirmar que el concepto del individuo del derecho liberal tiene una incidencia definitiva en la construcción del derecho civil. El contrato, que es el instrumento alrededor del cual se edifican las relaciones entre los particulares, se fundamenta en la existencia de sujetos autónomos y libres, que por lo mismo pueden obligarse. De allí que el Estado tenga prohibido inmiscuirse en esos asuntos en los que la validez jurídica radica en la firmeza del acuerdo de voluntades.[3]

Es en el derecho liberal donde se origina la tesis de la prescindencia de las personas con discapacidad. A la concepción de los sujetos libres y autónomos se opone a quienes ostentan una discapacidad, en especial aquellas cognitivas o sensoriales. Ellos son los otros, los sometidos a permanente tutela y guarda de quienes sí cumplen con las condiciones esperadas por el orden jurídico para el cumplimiento de sus obligaciones y la titularidad de sus prerrogativas.

Las personas con discapacidad son segregadas por la legislación civil, restringiéndoles su acceso a los mercados y, por ende, a la eficacia de los derechos. Esto a través de categorías alejadas de cualquier comprobación empírica: los órdenes jurídicos marcan la línea entre la normalidad y la desviación, entre lo pleno y lo limitado, entre lo libre y lo que requiere asistencia. Esto sin ninguna base diferente a una ficción, igualmente construida por el derecho, acerca de quiénes se consideraban aptos para los negocios jurídicos y quiénes no.

---

1 La noción de *Estado premoderno* se refiere a aquellas comunidades políticas previas a las revoluciones burguesas en Occidente.

2 Para una síntesis de este debate en la filosofía del derecho, véase Michael Sandel, *El liberalismo y los límites de la justicia* (Barcelona: Gedisa, 2009).

3 Por supuesto, esta comprensión tradicional es objeto de crítica permanente, incluso en el interior del derecho contemporáneo de los contratos. Véase Roberta Catalano, "Autonomía privada y desequilibrio de fuerza contractual: perfiles evolutivos de la teoría del contrato en el derecho italiano y europeo", *Revista de Derecho Privado*, n.º 6 (2012): 111-124.

El poder inercial de la noción liberal del sujeto

En este punto podría considerarse que la noción de la prescindencia de las personas con discapacidad quedó confinada en los orígenes del Estado liberal. Esto debido a que las premisas básicas del constitucionalismo contemporáneo asumen, como mandato imperativo,[4] la prohibición de la discriminación en contra de las personas en situación de discapacidad y, como corolario, la obligación del Estado y de la sociedad para el logro de su inclusión, primero bajo la doctrina de la rehabilitación y, luego, basado en el modelo social de la discapacidad.

Sin embargo, los avances del derecho constitucional sobre la materia chocan con la fundamentación teórica del derecho privado. Si bien desde la Constitución están suficientemente establecidos los derechos de las personas con discapacidad, es claro que su eficacia material se logra en el mercado económico, sujeto a la intervención del Estado. Las necesidades más básicas requieren la concurrencia de los usuarios a mercados, más o menos regulados, dependiendo de qué tanto incidan las prestaciones de ese mercado en la vigencia de los derechos fundamentales.

Y es en esta comprobación donde se hace evidente el choque al que se hizo referencia. Mientras que desde el derecho constitucional se aboga por la consolidación del modelo social, a través de instrumentos como los ajustes razonables y el diseño universal, los mercados siguen guiados por la noción de libertad y autonomía del Estado liberal. Esta contradicción se hace incluso más palpable si, fundados ya no en el modelo liberal sino en el del Estado regulador, los individuos pasan a ser usuarios.[5] En ambas categorías se trata de sujetos libres y autónomos y, por lo mismo, sus diferencias y condiciones particulares son de nuevo homogeneizadas por el derecho.

Es por ello que en la legislación civil y comercial reside el poder inercial de la ficción liberal del individuo libre y autónomo. Para estos ámbitos, las personas con discapacidad deben ser asimiladas a los demás sujetos y, a lo sumo, salvaguardados por algunos ajustes que la mayoría de las veces no van más allá de discretas modificaciones arquitectónicas o algunos apoyos en materia de accesibilidad. Sin embargo, las bases jurídicas de las relaciones de derecho privado y, en particular, el concepto de contrato mantienen

---

4 Véase Cass R. Sustein, "Neutrality in constitutional law (with special reference to pornography, abortion, and surrogacy)", *Columbia Law Review* 92, n.º 1(1992): 1-52.

5 Para una revisión general sobre la nueva noción de servicio público como faceta definitoria del Estado regulador, véase Juan Carlos Cassagne, "El resurgimiento del servicio público y su adaptación a los sistemas de economía de mercado", *Revista de Administración Pública*, n.º 140 (1996): 95-110.

inalterada su base liberal, en la que el acceso pleno de las personas con discapacidad simplemente se invisibiliza.

Asimismo, la intervención del Estado en el mercado, en lo que respecta a la personas con discapacidad, tiende a reforzar el efecto inercial antes mencionado. Lo que se espera de los agentes del mercado es que faciliten el acceso a bienes y servicios de las personas en situación de discapacidad. Esto a través de dispositivos de equiparación, más no en modificaciones que otorguen a los contratos una naturaleza comprehensiva, que incluya en las manifestaciones de voluntad a las personas con discapacidad. En últimas, aunque desde el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos se propugne por la vigencia del modelo social, en lo que respecta a las relaciones privadas de mercado se mantiene un paradigma rehabilitador, en el que las personas con discapacidad deben ser atendidas y apoyadas, pues no encajan en las condiciones de la pretendida normalidad del sujeto de derecho.

Alternativas al poder inercial

El artículo 47 de la Constitución impone al Estado el deber de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran. A pesar del evidente sesgo rehabilitador que tiene el texto, es posible reinterpretar su contenido de modo que sea compatible con el modelo social de la discapacidad, previsto por el actual estándar del derecho internacional de los derechos humanos.

No obstante, incluso si se realiza ese proceso de reinterpretación, en todo caso se encuentra que la responsabilidad constitucional de protección de los derechos de las personas con discapacidad se centra en el Estado, quien debe cuando menos ejercer las acciones destinadas a la inclusión de dichas personas, así como intervenir en el mercado con el fin de asegurar sus derechos.

La naturaleza de la protección de las personas con discapacidad, concentradas en el ámbito público, resulta problemática para la perspectiva de análisis expuesta.[6] Una férrea distinción entre lo público y lo privado respecto de la discapacidad ocasiona un déficit de protección de los derechos. En efecto, asignar prioritariamente la protección de los derechos de las personas con discapacidad al Estado conlleva que en el ámbito de las relaciones entre particulares, gobernadas por el derecho privado, se mantenga el efecto inercial de la noción liberal del sujeto. Esto, a su vez,

---

[6] Sobre este debate, véase Michael E. Waterstone, "Disability constitutional law", *Emory Law Journal* 62, n.º 3 (2014): 527-580.

implica la desprotección de las personas con discapacidad en aquellos escenarios en que se concretizan materialmente sus necesidades, como son los vínculos contractuales y, en general, las transacciones económicas.

Aunque concurren algunos esfuerzos del Legislativo para introducir reformas significativas al régimen de capacidad legal, enfocadas a hacer efectivo el modelo social de la discapacidad, estas transformaciones no resultarán eficaces si no se hace explícito el mencionado poder inercial y se modifica el paradigma no solo acerca de cómo comprendemos el ejercicio de la voluntad de las personas con discapacidad, sino, desde una manera más general, sobre cómo entender la libertad negocial de cara a la vigencia de la igualdad de oportunidades y el respeto por la diferencia.

Adjudicar a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Algunos retos de la jurisprudencia constitucional colombiana

LUCAS CORREA MONTOYA*

Introducción

El presente capítulo desarrolla algunos de los principales retos que enfrenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en relación con la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Particularmente aborda tres retos: en primer lugar, el reto de operativizar el modelo social y el imperativo de inclusión social en la jurisprudencia como forma de actualizar la especial protección provista por la Constitución política de 1991 a las personas con discapacidad; en segundo lugar, el reto de no caer en la trampa de la educación especial y potenciar el derecho a la educación inclusiva de esta población. Y, en tercer lugar, el reto de promover los apoyos para el ejercicio de la capacidad legal en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.

La protección de los derechos de las personas con discapacidad ha estado presente desde los inicios de la jurisprudencia constitucional y en términos generales su saldo ha sido tremendamente positivo. La incorporación al bloque de constitucionalidad de la Convención de Naciones

* Abogado, magíster en Planeación Urbana y Regional, tiene un LLM en Derecho Internacional y Derechos Humanos. Es becario de Open Society Foundations, profesor de las universidades de Los Andes, Rosario y Pontificia Bolivariana. Actualmente es también director de investigaciones del Laboratorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Desclab).

Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) en el año 2011 marcó un hito y fijó enormes retos para el Estado colombiano, incluyendo la rama judicial. Esta Convención introduce importantes retos que implican una transformación jurídica compleja, ello exige la exclusión de normas que han devenido inconstitucionales, pero también la necesidad de crear nuevas normas, nuevas instituciones, revisar el precedente judicial y fomentar la transformación de imaginarios negativos a través de las normas jurídicas.

El papel de la Corte Constitucional ha sido central para avanzar y visibilizar los derechos de las personas con discapacidad, y lo seguirá siendo. En muchos casos los jueces han sido vitales ante la inoperancia o inexistencia de la oferta pública; pero ellos también tienen una función de aprendizaje y de sincronizarse con los avances del bloque de constitucionalidad. El presente texto aborda algunos retos que enfrentará la Corte en una estructura sencilla: para cada reto se describen los cambios paradigmáticos que impone la CDPD y luego se analizan los avances que ha tenido la jurisprudencia. Ello con un único objetivo: tratar de informar para mejores decisiones judiciales en el futuro.

Reto 1: más allá de la rehabilitación y la prevención de la debilidad manifiesta; catalizar la inclusión social de las personas con discapacidad

Las personas con discapacidad hacen parte del grupo de colombianos más pobres y excluidos, para quienes las oportunidades sociales, el acceso a los servicios públicos y el goce efectivo de sus derechos son con frecuencia precarios. La Constitución política de 1991 proveyó una especial protección a este grupo y ello ha servido para potenciar acciones públicas y privadas a favor de esta población en las últimas dos décadas. No obstante, con posterioridad a la incorporación al bloque de constitucionalidad de la CDPD, los jueces se han visto ante el reto de operativizar el modelo social y el imperativo de inclusión social en la jurisprudencia como forma de actualizar la especial protección provista por la Constitución de 1991. De esta manera la jurisprudencia enfrenta el reto de actualizar dicha protección para que, más que rehabilitar y prevenir la debilidad manifiesta, logre catalizar la plena inclusión social de las personas con discapacidad como sujetos diversos y como ciudadanos de primera categoría.

Especial protección provista por la Constitución política de 1991

La especial protección provista por la Constitución de 1991 a las personas con discapacidad deriva de la interpretación sistemática de los artículos 13

(igualdad), 47 (política pública), 54 (formación y trabajo) y 68 (educación).[1] La Constitución no utiliza un lenguaje unificado para referirse a las personas con discapacidad, en algunos casos los nombra como personas en circunstancias de debilidad manifiesta;[2] disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos;[3] minusválidos;[4] personas con limitaciones físicas o mentales.[5] Para 1991, las personas con discapacidad difícilmente eran reconocidas como sujetos de derechos y había pocos avances en materia internacional; de alguna manera la Constitución de 1991 sentó las bases para los desarrollos posteriores. No obstante las dificultades, luego de más de veintiséis años desde su adopción, dados los avances en el bloque de constitucionalidad, en la legislación específica, y en línea con la jurisprudencia constitucional sobre el lenguaje jurídico,[6] es posible interpretar sistemáticamente a partir de los cuatro artículos mencionados, la protección constitucional especial brindada por la Constitución a las personas con discapacidad, la cual ha sido decisiva para el desarrollo de una profusa jurisprudencia, que ha profundizado y ampliado sus contornos.

El primer elemento de la especial protección constitucional de las personas con discapacidad lo constituye el derecho a la igualdad y la correlativa prohibición de discriminación. De esta forma las personas con discapacidad gozan de la protección al derecho a la igualdad formal provista en la Constitución, son titulares de la misma protección, el mismo trato y de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación. A pesar de que formalmente las personas con discapacidad en Colombia gozan de la igualdad ante la ley, en la práctica aún queda un largo camino por recorrer para que dicha protección formal sea una realidad,[7] por ello la protección constitucional a la igualdad material, que ordena al Estado "promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva"[8] y

---

1 Véase Lucas Correa Montoya, "Panorama de la protección constitucional a los derechos de las personas con discapacidad en Colombia", *Vniversitas*, n.° 118 (enero-junio de 2009), https://bit.ly/2GzHQCg

2 Véase Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, 6 de julio de 1991, artículo 13, inciso 3.

3 Ibíd., artículo 47.

4 Ibíd., artículo 54.

5 Ibíd., artículo 68, inciso 6.

6 Entre otras, véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-458/15 (M. P. Gloria Stella Ortiz) y Sentencia C-042/17 (M. P. Aquiles Arrieta Gómez).

7 Lucas Correa Montoya y Marta Castro Martínez, *Discapacidad e inclusión social en Colombia. Informe alternativo de la Fundación Saldarriaga Concha al Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Bogotá: Fundación Saldarriaga Concha, 2016), https://bit.ly/2TGU3J3

8 Véase Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de 1991, *op. cit.*, artículo 13, inciso 2.

adoptar "medidas a favor de grupos discriminados o marginados",[9] ha resultado central y decisiva en la protección de los derechos constitucionales de esta población. En muchos casos, más que una protección genérica de la igualdad, han sido las acciones afirmativas, los ajustes razonables y las medidas ordenadas por los jueces de la república —en sede de tutela— y por la Corte —en sede de constitucionalidad— los que han transformado la vida de las personas con discapacidad.

Finalmente, el artículo 13 de la Constitución de 1991, en su inciso tercero ordena al Estado proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.[10] La razón central de esta manifestación de la protección constitucional a las personas con discapacidad deriva del reconocimiento de que, por su estado de salud, físico o mental, algunas personas podrían llegar a encontrarse en situación de debilidad, y por tanto sus derechos podrían llegar a ser fácilmente desconocidos o vulnerados. Esta preocupación de la Asamblea Nacional Constituyente no estaba reservada a las personas con discapacidad, sino que se extendía a otros grupos que pudieran llegar a encontrarse en la misma situación de "debilidad manifiesta", entre otros, los habitantes de calle, las personas mayores, los niños, las minorías sexuales, las minorías étnicas, las minorías religiosas.[11]

La protección provista por la Constitución política a través del artículo 13 ha sido central para el trabajo posterior de la Corte Constitucional, desde allí dicha corporación ha ampliado y profundizado la protección constitucional, la ha hecho viva y la ha operativizado a casos concretos, como se verá más adelante.

El segundo elemento de la especial protección constitucional es la obligación incluida en el artículo 47, que ordena adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social y brindar atención especializada a las personas con discapacidad. La protección provista en el mencionado artículo es, quizás, la que requiere una mayor interpretación y actualización a la luz de los avances del bloque de constitucionalidad en sentido estricto[12] y lato.[13]

La protección constitucional del artículo 47 es sustancialmente diferente a la protección que brinda la Constitución de 1991 a otros

---

9 Ibíd.

10 Ibíd., artículo 13, inciso 3.

11 Presidencia de la República, Centro de Información y Sistemas para la Preparación de la Asamblea Nacional Constituyente, *Informe de la sesión plenaria del día 2 de mayo de 1991* (Bogotá, mayo 8 de 1991), https://bit.ly/2I4KUss

12 Particularmente en relación con la CDPD y las observaciones generales del Comité de Naciones Unidas del respectivo tratado.

13 Particularmente en relación con la Ley Estatutaria 1618/13.

sujetos. Mientras que la familia,[14] las mujeres,[15] los niños y las niñas,[16] los adolescentes[17] y las personas mayores[18] son puestos en el centro de la protección, son reconocidos como sujetos de derechos, se les brinda protección integral, se les reconoce la igualdad de derechos, y, en el caso de los niños y las niñas, se establece la prevalencia de sus derechos sobre los de los demás, el artículo 47 establece una protección deficitaria, pues no pone a las personas con discapacidad en el centro de la protección provista, no los reconoce como sujetos de derecho, sino que, en su lugar, ordena una política de previsión, rehabilitación e integración social,[19] y los hace receptores de la atención especializada que pudieran requerir. De esta manera, la protección constitucional provista por el artículo 47 adopta un modelo más cercano a lo médico-rehabilitador que al modelo social de la discapacidad que incorporan tanto la CDPD, como la Ley Estatutaria 1618 de 2013 y la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional;[20] en él el sujeto de derechos, el ciudadano con discapacidad se desdibuja en el paciente, que requiere atención especializada y ser rehabilitado e integrado a la sociedad, y cuya existencia, en algunos casos, debería ser prevenida.

En relación con el mencionado artículo, más allá de su tenor literal, la Corte Constitucional ha indicado que "el pilar fundamental de la disposición es la protección a la dignidad humana, y la respuesta que el Estado debe dar a los requerimientos que para hacerla efectiva hacen los diferentes grupos sociales".[21] De esta manera, interpretar e integrar la protección provista por el artículo 47 a las personas con discapacidad con los avances del bloque de constitucionalidad, y en igualdad de condiciones con otros grupos protegidos por la Constitución política de 1991, como la familia, las mujeres, los niños y las niñas, los adolescentes y las personas mayores, implica el reto de materializar la dignidad humana y la inclusión social de las personas con discapacidad, más allá de prevenir su aparición, rehabilitarlos, integrarlos o atenderlos de manera especializada.

---

14 Véase Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de 1991, *op. cit.*, artículo 42.

15 Ibíd., artículo 43.

16 Ibíd., artículo 44.

17 Ibíd., artículo 45.

18 Ibíd., artículo 46.

19 El Estado colombiano, a través del Gobierno nacional, ha dado cumplimiento a la orden constitucional de adoptar una política pública en relación con las personas con discapacidad. En 2004, a través del Conpes Social 80, adoptó la Política Nacional de Discapacidad, bajo el esquema del modelo social del riesgo. En 2013 el Gobierno nacional adoptó, a través del Conpes Social 166, la nueva Política Nacional de Discapacidad e Inclusión Social, bajo los estándares internacionales de derechos humanos fijados por la CDPD.

20 Entre otras, véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-458/15 (M. P. Gloria Stella Ortiz) y Sentencia C-042/17 (M. P. Aquiles Arrieta Gómez).

21 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-042/17 (M. P. Aquiles Arrieta Gómez).

De esta manera la protección brindada por el artículo 47 de la Constitución no puede limitarse a implementar una política pública a favor de las personas con discapacidad y brindarles atención especializada. Por el contrario, la protección de este artículo tiene como pilar la dignidad humana de las personas con discapacidad, su reconocimiento como sujetos de derechos en igualdad de condiciones, el reconocimiento de la discapacidad no como una enfermedad que hay que prevenir, curar, rehabilitar o integrar a la sociedad, sino como una manifestación de la diversidad humana, como una condición o situación en la que puede encontrarse una persona a la cual deben brindársele oportunidades sociales para gozar de sus derechos y participar en condiciones de igualdad, es decir, estar socialmente incluida.

Así, el norte de la acción del Estado y la esencia de la protección constitucional deja de ser la atención especializada que pudieran requerir, que en muchos casos se ha restringido a atenciones en salud, que, si bien pueden ser necesarias, limitan la protección constitucional a asuntos médicos, relegando a la persona con discapacidad a la posición de enfermo, incapaz o paciente que necesita ayuda. El norte de la acción del Estado y de la protección constitucional del artículo 47 lo constituye, a la luz del bloque de constitucionalidad, el mandato y principio de inclusión social, incorporado en la CDPD.[22]

En esta línea argumentativa, la Corte Constitucional ha planteado que

> el abordaje de la discapacidad como un efecto de las barreras sociales contra las personas con ciertas diversidades funcionales es la posición que resulta coherente con la visión de la Constitución Política que estructura su eje central sobre el respeto de la dignidad inherente a todo ser humano y que por lo tanto no puede ser afectada por las condiciones físicas o mentales de cada persona. En la Carta Política no se concibe una normalización de las características humanas, antes por el contrario [*sic*], se acoge la diversidad como una riqueza de la especie, frente a la cual el Estado debe responder con un enfoque diferencial cuando a ello haya lugar, para que la protección de dignidad, libertades y derechos, sea efectiva para todos los que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado.[23]

La inclusión social de las personas con discapacidad, más allá de la rehabilitación, de la integración y de la atención especializada, es compatible con la protección de la dignidad humana y con el mandato de materializar la igualdad para este grupo tradicionalmente excluido y marginado. La Ley Estatutaria 1618 de 2013 define la inclusión social como

---

[22] Véase, Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), artículo 3, inciso c.

[23] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-042/17 (M. P. Aquiles Arrieta Gómez).

> [un] proceso que asegura que todas las personas tengan las mismas oportunidades, y la posibilidad real y efectiva de acceder, participar, relacionarse y disfrutar de un bien, servicio o ambiente, junto con los demás ciudadanos, sin ninguna limitación o restricción por motivo de discapacidad, mediante acciones concretas que ayuden a mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad.[24]

Las personas con discapacidad, entendidas como sujetos de derecho y ciudadanos en igualdad de condiciones, no necesitan atención especializada o ser integradas a una comunidad que hace poco o nada por brindar apoyos o ajustes razonables. La inclusión social, de la mano de la igualdad material, exigen del Estado y de la sociedad en general acciones afirmativas, ajustes razonables y medidas de diseño universal que garanticen que las personas con discapacidad gocen de los derechos, accedan a los servicios públicos y a las oportunidades sociales que están disponibles para todos en condiciones de igualdad; nada diferente a hacer real el mandato de igualdad material establecido en el artículo 13 de la Constitución.

El tercer elemento de la especial protección constitucional es la obligación incluida en el artículo 54, que ordena al Estado garantizar a las personas con discapacidad su derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud. Para la Asamblea Nacional Constituyente, en el año de 1991 era evidente la necesidad de promover la inclusión productiva de las personas con discapacidad. Sin embargo, a pesar de gozar de jerarquía constitucional y de las dos décadas que han trascurrido desde entonces, dicha necesidad continúa vigente e insatisfecha. Las personas con discapacidad se encuentran sistemáticamente excluidas del empleo y de las oportunidades productivas, la mayoría en edad de trabajar no cuenta con un trabajo formal y estable, lo que las arrastra a una situación de pobreza, dependencia y desprotección social.[25]

El cuarto elemento de la especial protección constitucional es la obligación especial incluida en el artículo 68, inciso 6, que ordena al Estado erradicar el analfabetismo y promover la educación de las personas con discapacidad. Al igual que en el caso del artículo 54, para la Asamblea Nacional Constituyente en el año 1991 era evidente la necesidad de promover la inclusión educativa de las personas con discapacidad. No obstante, a pesar de gozar de jerarquía constitucional y de las dos décadas que han trascurrido, al igual que con el trabajo, la necesidad de

---

[24] Véase Congreso de Colombia, Ley Estatutaria 1618/13, de 27 de febrero, artículo 2.

[25] Lucas Correa Montoya, Marta Castro Martínez y Juan Camilo Rúa Serna, "'Del dicho al hecho hay mucho trecho'. Logros y retos en la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en Colombia", *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos* 1, n.° 2 (2017): 9-43, https://bit.ly/2TGZMyx

educación continúa vigente e insatisfecha. Las personas con discapacidad se encuentran sistemáticamente excluidas del sistema educativo regular, la mayoría en edad escolar no accede a la escuela regular, en muchos casos accede a instituciones especializadas, que los segregan y excluyen y que no brindan servicios educativos. Al estar desescolarizadas, las personas con discapacidad no acceden a la educación superior, su acceso a mejores oportunidades laborales se ve truncado, lo que las arrastra a situaciones de pobreza, dependencia y desprotección social.[26]

La especial protección constitucional de las personas con discapacidad se articula entonces a través de la interpretación sistemática de artículos constitucionales referidos a la igualdad, a la inclusión social, al trabajo y a la educación. A partir de dicho tenor literal la Corte Constitucional ha tenido un papel decisivo en su materialización y actualización, de acuerdo con los avances del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y lato.

Especial protección provista por la jurisprudencia constitucional: la incorporación del modelo social en las decisiones de los jueces

La especial protección provista por el tenor literal de la Constitución política de 1991 ha sido ampliada y profundizada durante más de veinticinco años de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Las personas con discapacidad y, por supuesto, la protección de sus derechos constitucionales, han estado presentes, desde la jurisprudencia temprana de la Corte[27] hasta las sentencias más recientes que incorporan el modelo social de discapacidad.[28] Por supuesto, el camino recorrido por la Corte en relación con las personas con discapacidad ha tenido altos y bajos, sentencias acertadas y retadoras, otras sin duda no tanto. En el agregado de un cuarto de siglo, el saldo y el lugar que ocupan las personas con discapacidad en las decisiones del máximo guardián de la Constitución son, sin duda, positivos.

En sus inicios, la Corte usó el concepto de personas en circunstancias de debilidad manifiesta[29] para, a partir de casos concretos, desarrollar su jurisprudencia y profundizar la especial protección constitucional de las

---

26 Ibíd.

27 Véase, entre otras, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-441/93 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), Sentencia T-290/94 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa), Sentencia T-067/94 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), Sentencia T-288/95 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), Sentencia T-224/96 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa), Sentencia T-378/97 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y Sentencia T-207/99 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

28 Entre otras, véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-458/15 (M. P. Gloria Stella Ortiz) y Sentencia C-042/17 (M. P. Aquiles Arrieta Gómez).

29 Véase Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de 1991, *op. cit.*, artículo 13, inciso 3.

personas con discapacidad. Uno de los hitos de protección lo constituyen las sentencias T-207 de 1999 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-076 de 2006 (M. P. Jaime Córdoba Triviño). En ellas la Corte reconoció a las personas con discapacidad como una minoría discreta u oculta, titular de un deber especial de protección por parte del Estado.

En la Sentencia C-076 de 2006, la Corte estableció que

> en el Estado social las personas que pertenecen a minorías tradicionalmente discriminadas o marginadas o a sectores que están en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a que el Estado remueva los obstáculos jurídicos que les impiden acceder en condiciones de igualdad al goce efectivo de sus derechos; promueva prácticas de inclusión social; y adopte medidas de diferenciación positiva para intentar, dentro de lo posible, la realización del principio de igualdad material.[30]

Y, retomando el precedente de la Sentencia T-207 de 1999, indicó que

> uno de estos colectivos desaventajados que conforman lo que la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada ha denominado "minorías discretas u ocultas" está integrado por las personas que tienen una discapacidad […]. En efecto, pese a que las personas que sufren [*sic*] discapacidad física o sensorial grave constituyen un porcentaje significativo de la población, lo cierto, sin embargo, es que han sido histórica y silenciosamente marginadas. Hasta hace muy poco estos colectivos eran invisibilizados, sus preocupaciones no ocupaban lugar alguno en la agenda pública o en las reivindicaciones de las organizaciones sociales, las autoridades públicas los trataban con desprecio o paternalismo y el propio derecho los asimilaba a incapaces y les imponía, de manera arbitraria, múltiples inhabilidades.[31]

La jurisprudencia constitucional sobre las personas con discapacidad, que en sus inicios había potenciado la categoría constitucional de personas en "circunstancia de debilidad manifiesta" y que había elevado a las personas con discapacidad a la categoría de minoría discreta u oculta, comenzó a nutrirse, y sigue haciéndolo, de estándares de derecho internacional de los derechos humanos presentes en el bloque de constitucionalidad para interpretar e integrar los contenidos del tenor literal de la Constitución de 1991.

El primer instrumento internacional de derechos humanos en tener un papel relevante fue la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de las Personas con

---

30 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-076/06 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

31 Ibíd.

Discapacidad,[32] la cual perdió relevancia ante la incorporación al Sistema Universal de Derechos Humanos de la CDPD, un instrumento de aplicación global, que abordaba un amplio catálogo de derechos y que adoptaba un enfoque más avanzado que la Convención Interamericana.

De esta manera, la CDPD y las respectivas observaciones generales de su Comité Vigilante constituyen la fuente de derecho más actualizada y moderna que comenzó a ser tenida en cuenta por la Corte Constitucional colombiana y los jueces de tutela en la garantía de los derechos de las personas con discapacidad. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido incorporando el modelo social para abordar la discapacidad[33] y se ha alejado del modelo médico-rehabilitador. Este proceso se ha visto potenciado por la ratificación de la CDPD y su paulatina incorporación en las decisiones de la Corte.

La Corte, en línea con la evolución del bloque de constitucionalidad, pero también de la legislación[34] y las políticas públicas[35] subordinadas, ha incorporado el modelo social para abordar la discapacidad. Ella ha derivado tres consecuencias fundamentales de la incorporación del modelo social:

En primer lugar,

> frente a la idea de que la discapacidad proviene de estados inmanentes e innatos a los individuos, el modelo social ubica la discapacidad en el entorno social, en tanto que considera que son las estructuras sociales, económicas, políticas y culturales opresivas y excluyentes las que generan esta condición.[36]

En segundo lugar,

> frente a la idea de que a la discapacidad subyacen defectos, insuficiencias, anomalías, alteraciones o deficiencias de los individuos, para el modelo social se trata únicamente de diferencias que deben ser reconocidas y aceptadas, y que en ningún caso agotan la individualidad de las personas, las cuales tienen una vida más allá de los problemas derivados de sus diferencias.[37]

---

32 Aprobada mediante la Ley 762 del 2002, su constitucionalidad fue declarada mediante la Sentencia C-401/03 (M. P. Álvaro Tafur Galvis) y finalmente fue depositada el 2 de noviembre de 2004.

33 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-606/12 (M. P. Adriana María Guillén Arango), y Sentencia T-573/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), entre muchas otras.

34 Véase la Ley 1618/13.

35 Véase Consejo Nacional de Política Económica y Social, *Política pública nacional de discapacidad e inclusión social*, (Bogotá: Autor, 2013), https://bit.ly/2PHlUpv

36 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-458/15 (M. P. Gloria Stella Ortiz).

37 Ibíd.

En tercer lugar,

> frente a la idea de que las personas con discapacidad deben ser tratadas desde una perspectiva médica, con el objeto de buscar su normalización, el modelo social propone una aceptación social de la diferencia, y en su lugar, una intervención, no en los individuos con discapacidad, sino directamente en las estructuras sociales de base, que son aquellas que impiden la realización y el pleno goce de los derechos de todas las personas.[38]

A través de la Sentencia C-042 de 2017, la Corte indicó que el abordaje de la discapacidad desde el modelo social es el que más se acerca a los principios y derechos contenidos en la Constitución política de 1991, y que como un paso adelante en la construcción de una sociedad incluyente, diversa y sin perjuicios, es necesario comprender la discapacidad como el resultado de la interacción entre algunas formas de diversidad funcional con los entornos físicos, sociales, económicos y culturales. La sentencia continúa indicando que

> para el Estado Social de Derecho establecido por la Constitución Política, no existen seres humanos completos o incompletos, sino que todos son, por el hecho de ser humanos, totalmente plenos en su dignidad y derechos […]. La perspectiva constitucional colombiana concentra el concepto de la discapacidad en la falta de adaptación del entorno y de la sociedad para entender las diferencias orgánicas y funcionales como un resultado de la diversidad humana.[39]

En el agregado de sentencias que abordan, amplían y profundizan la especial protección provista por la Constitución política de 1991 a las personas con discapacidad, es posible sintetizar la ampliación jurisprudencial de la mencionada protección a través de tres subreglas: la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad, el deber positivo de trato diferenciado y la omisión de dicho deber de trato como una violación autónoma de derechos.

En primer lugar, en la aplicación del artículo 13 de la Constitución, particularmente de su inciso primero, la Corte ha ampliado y profundizado la especial protección a las personas con discapacidad al establecer la prohibición de discriminar a las personas por motivo de discapacidad, cláusula sospechosa de discriminación, que no está taxativamente incorporada en el tenor literal de la Constitución. Así, el Estado debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginamiento o

---

38 Ibíd.

39 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-042/17 (M. P. Aquiles Arrieta Gómez) y Sentencia C-767/14 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad, como las personas con discapacidad. El deber de abstención no se limita a evitar que se adopten por parte del Estado medidas o políticas abiertamente discriminatorias en contra de este grupo, sino que también pretende evitar que medidas, programas o políticas, así estas hayan sido adoptadas bajo el marco de presupuestos generales y abstractos, impacten desproporcionadamente a grupos marginados o discriminados, como las personas con discapacidad, es decir que los pone en una situación de mayor adversidad.[40]

Esta subregla es compatible con lo dispuesto por la CDPD en materia de igualdad. El instrumento internacional define la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad, como

> cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.[41]

En segundo lugar, la ampliación y profundización jurisprudencial de la especial protección constitucional a las personas con discapacidad ha reconocido un deber positivo de trato, de forma que la función y servicios que brinda el Estado no estén diseñados para que constituyan barreras para ciertas personas en virtud de sus diferencias, sino que dichas diferencias sean tenidas en cuenta para responder efectivamente a sus requerimientos y garantizar de esa forma sus derechos.[42] Dicha subregla ha derivado principalmente de los postulados constitucionales en relación con la igualdad material.[43] En la Sentencia T-291 de 2009 (M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez), la Corte recordó que, en un Estado social de derecho, más allá de la perspectiva puramente formal, la igualdad se erige en un postulado que apunta a la realización de condiciones de igualdad material, ámbito en el cual tiene particular relevancia la protección de grupos tradicionalmente discriminados o marginados, como las personas con discapacidad.

El deber positivo de trato para con las personas con discapacidad se construye con la jurisprudencia constitucional sobre la igualdad material,[44]

---

40 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-291/09 (M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez), Sentencia C-793/09 (M. P. Mauricio González Cuervo) y Sentencia C-042/17 (M. P. Aquiles Arrieta Gómez).

41 Véase Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, artículo 2.

42 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-042/17 (M. P. Aquiles Arrieta Gómez).

43 Véase Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de 1991, *op. cit.*, artículo 13, incisos 2 y 3.

44 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-371/00 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

que no es otra cosa que su aplicación específica a dicho grupo tradicionalmente marginado. El deber estatal de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho revela el carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de la igualdad material, a través de acciones positivas en favor de personas y de grupos ubicados en condiciones de desigualdad. En las sentencias C-804 de 2009 (M. P. María Victoria Calle) y C-293 de 2010 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), se estableció el deber del Estado de adoptar medidas con el objetivo de propiciar la inclusión en la sociedad de las personas en situación de discapacidad y de remover obstáculos que discriminen o excluyan a las personas con discapacidad.[45]

La CDPD brinda luces sobre el deber positivo de trato a favor de las personas con discapacidad. En la regulación del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, la Convención establece que el deber de los Estados parte de promover la igualdad y prevenir la discriminación a través del desarrollo de ajustes razonables.[46] A su vez la CDPD introduce dos conceptos fundamentales para garantizar el deber positivo de trato: el diseño universal y los ajustes razonables. En primer lugar, como diseño universal "se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado".[47] En segundo lugar, los ajustes razonables son

> las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.[48]

De esta manera, el deber positivo de trato que materializa la especial protección constitucional debe orientarse a la inclusión social y a potenciar el goce efectivo de los derechos constitucionales de las personas con discapacidad, a través de acciones afirmativas y ajustes razonables que permitan remover los obstáculos que impiden la participación y el goce de los derechos en condiciones de igualdad.

---

45 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-458/15 (M. P. Gloria Stella Ortiz), Sentencia C-606/12 (M. P. Adriana María Guillén), Sentencia T-288/95 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), Sentencia T-378/97 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y Sentencia C-401/03 (M. P. Álvaro Tafur Galvis).

46 Véase Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, artículo 5, inciso 3.

47 Ibíd., artículo 2.

48 Ibíd.

En tercer lugar, la ampliación y profundización jurisprudencial de la especial protección constitucional ha reconocido que la omisión de las medidas de acción positiva a las que tienen derecho las personas con discapacidad constituye una forma de discriminación y una violación de derechos.

En la Sentencia C-042 de 2017 se estableció que, dado que las personas con discapacidad tienen derecho a que el Estado les procure un trato acorde a sus circunstancias, siempre que ello resulte necesario para el ejercicio pleno de sus derechos en condiciones de igualdad, la omisión de ese deber por parte del Estado puede convertirse en una lesión de los derechos fundamentales.

Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional la Corte ha señalado que existen por lo menos dos tipos de situaciones que pueden constituir un acto discriminatorio contrario al derecho a la igualdad de las personas con discapacidad: por un lado, la conducta, actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable; por otro, el acto discriminatorio consistente en una omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho las personas con discapacidad, la cual acarrea como efecto directo su exclusión de un beneficio, ventaja, oportunidad o derecho;[49] es decir, impide u obstaculiza su inclusión social.

El tercer elemento de la protección jurisprudencial a las personas con discapacidad es compatible con los estándares de la CDPD, la cual incluye en la definición de discriminación por motivos de discapacidad no solo la discriminación activa, sino también la denegación de los ajustes razonables.[50]

De esta manera la jurisprudencia de la Corte Constitucional enfrentará el reto de proteger a las personas con discapacidad en su calidad de ciudadanos de primera categoría, quienes no necesitan ser rehabilitados o tratados de manera especial, sino que necesitan oportunidades, ajustes razonables y apoyos para gozar de las mismas oportunidades en el acceso a servicios, en el goce de sus derechos y en el ejercicio de sus deberes, es decir, estar socialmente incluidos.

---

[49] Esta regla se ha reiterado desde la Sentencia T-288/95 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[50] Véase Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, artículo 2.

Reto 2: no caer en la trampa de la educación especial y potenciar la inclusión de las personas con discapacidad en el sistema educativo regular[51]

En Colombia las personas con discapacidad se encuentran excluidas del sistema educativo regular. De acuerdo con cifras del Sistema Integrado de Matrícula (SIMAT),[52] del total de 10 194 880 personas matriculadas en el sistema educativo regular, solamente el 1,8 % (183 203) eran personas con discapacidad. La mayoría de las personas con discapacidad acceden a una oferta segregada o excluyente, que con frecuencia se denomina "educación especial", pero que no garantiza el derecho a la educación ni se enmarca dentro del servicio público correlativo.

Es posible fijar tres escenarios que permiten estimar el número de personas con discapacidad excluidas del sistema educativo regular: en el primero, si, de acuerdo con el Informe Mundial de Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Banco Mundial,[53] se estima que la población mundial con discapacidad corresponde al 15 %, y este porcentaje se aplica al universo de personas matriculadas, las personas con discapacidad en Colombia serían cerca de 1,5 millones, es decir que estarían excluidas de la educación regular cerca de 1,3 millones de personas con discapacidad. Un segundo escenario resultaría de aplicar el porcentaje del Censo 2005 de personas con discapacidad,[54] que indicó que cerca del 6,19 % de la población general en Colombia tendría algún tipo de discapacidad; en ese escenario las personas con discapacidad deberían ascender a 630 000 aproximadamente, es decir que aproximadamente 440 000 estarían excluidas de la educación. Un tercer escenario, quizás el más cercano a la realidad hasta que no estén disponibles las cifras del nuevo censo de poblaciones, resultaría de aplicar el porcentaje de personas con discapacidad en edad escolar (es decir entre 6 y 24 años), que de acuerdo con el Censo 2005 corresponde al 3,14 % de la población general, a la población matriculada; de ahí resulta que la población con discapacidad matriculada debería ascender a 320 000 personas aproximadamente, lo que significa que cerca de 135 000 se encontrarían excluidas de la educación regular.

---

51 Esta sección recoge ideas y planteamientos previamente expuestos en la demanda de constitucionalidad D-12208, elaborada en coautoría con Juan Camilo Rúa Serna.

52 El SIMAT es una herramienta de información que permite organizar y controlar el proceso de matrícula de los estudiantes en las instituciones educativas. Tiene como finalidad ser una fuente de información confiable y disponible para la toma de decisiones por parte de las secretarías de Educación del país. Para más información sobre él, véase http://bit.ly/2XCGpbk

53 Departamento Nacional de Estadística (DANE), *Censo 2005* (Bogotá: Autor, 2017).

54 Ibíd.

Aunque es difícil conocer el porcentaje de personas con discapacidad en Colombia, el porcentaje registrado en el SIMAT en el año 2016 es particularmente bajo si se contrasta con diferentes estimaciones de la discapacidad en el país. En cualquier caso, el sistema educativo colombiano tiene el reto de incluir a un número importante de personas con discapacidad en edad escolar actualmente excluidas del servicio público de la educación, y en esa tarea los jueces tienen el reto de no caer en la trampa de la educación especial y fomentar de manera decidida la educación inclusiva de las personas con discapacidad.

Cambio paradigmático en la educación de las personas con discapacidad: de la segregación en una oferta especial a la inclusión con apoyos en la escuela regular

La CDPD incorpora en su artículo 24 un importante cambio paradigmático en lo que se refiere al derecho a la educación de las personas con discapacidad. Históricamente las personas con discapacidad han sido excluidas de la educación regular por múltiples barreras, algunas de ellas físicas o arquitectónicas, presentes en la infraestructura escolar principalmente; otras comunicativas, ante la ausencia de intérpretes y tecnologías que les permitieran interactuar con sus maestros y compañeros en el entorno escolar; otras actitudinales, presentes en las bajas expectativas de sus maestros, quienes con frecuencia los consideraban como personas "no educables", que "no aprenden", que necesitan atención especializada que no se puede brindar en la educación regular, y que por ello deberían ir a otros lugares donde dispongan de profesionales que puedan atenderlos. De esta manera se les ha negado el derecho a la educación y se les ha segregado en instituciones especializadas, en donde el servicio educativo se ha desdibujado y ha sido reemplazado por la atención en salud, por la rehabilitación o por servicios de cuidado y ocupación del tiempo. En otros casos, las personas con discapacidad han sido efectivamente matriculadas en la escuela regular, pero la escuela y el sector educativo se han negado a flexibilizarse o a brindar ajustes, y con frecuencia se le exige a la persona y a la familia adaptarse a las reglas de juego, a las barreras presentes, so pena de ser excluidos.

El derecho a la educación inclusiva del que gozan las personas con discapacidad, consagrado en el artículo 24 de la CDPD, no es más que el derecho humano a la educación, que se goza, protege y respeta desde los más altos estándares del derecho a la igualdad, y de él deriva la prohibición de excluir o segregar a las personas del sistema educativo regular

en razón de su discapacidad.[55] El derecho a la educación de las personas con discapacidad solo puede materializarse en un sistema de educación inclusivo que se adapta y flexibiliza a las diferencias, las reconoce y las protege. Modalidades de educación especial, que segregan a las personas con discapacidad, o integradas, que no brindan las acciones afirmativas o los ajustes razonables, constituyen una violación del derecho a la educación y una discriminación en razón de la discapacidad.

El artículo 24 de la CDPD establece el derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad, así como el repertorio de obligaciones internacionales que se integran al derecho constitucional a la educación, por efectos del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

En primer lugar, se establece la obligación de proteger, respetar y garantizar el derecho a la educación de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por su condición,[56] para ello el Estado debe asegurar que "las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad";[57] lo que implica que modalidades de educación especial, segregadas o integradas contradicen las obligaciones internacionales y las provisiones del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Esta es una obligación que hace parte del núcleo esencial del derecho a la educación, es de carácter inmediata y no está supeditada a la implementación progresiva.

En segundo lugar, se establece la obligación de establecer un sistema de educación regular que sea inclusivo para todas las personas con discapacidad.[58] La CDPD no admite modalidades educativas especiales o segregadas, que implican la exclusión de las personas con discapacidad del sistema educativo regular en donde estudian las demás personas; tampoco admite modalidades integradas, en las que no se brindan los apoyos y ajustes razonables a que tienen derecho. *Que el sistema educativo regular sea inclusivo exige entender que la escuela regular es el lugar de todos los niños, las niñas y los adolescentes y que ellos tienen derecho a que se hagan todos los ajustes razonables en función de sus necesidades particulares*,[59] a que se presten los apoyos personalizados necesarios dentro del sistema educativo regular para facilitar la formación efectiva y el máximo desarrollo académico de

---

55 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.º 4, sobre el derecho a la educación inclusiva (CRPD/C/GC/4) (2016), párrafo 18.

56 Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, artículo 24, inciso 1.

57 Ibíd., artículo 24, inciso 2a.

58 Ibíd., artículo 24, inciso 1.

59 Ibíd., artículo 24, inciso 2c.

las personas con discapacidad, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.[60] La obligación de incluir a las personas con discapacidad en el sistema educativo regular hace parte del núcleo esencial del derecho a la educación inclusiva y no está supeditada a la implementación progresiva.

En tercer lugar, se establece la obligación de que ese sistema de educación regular sea inclusivo en todos los niveles educativos y a lo largo de toda la vida.[61] La CDPD enfatiza en la obligación del Estado de asegurar que las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita,[62] a la educación superior, a la formación profesional, a la educación para adultos y al aprendizaje durante toda la vida.[63]

La educación inclusiva debe permitir a las personas con discapacidad:

> a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana; b) desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas; y c) hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.[64]

Ahora bien, el derecho a la educación inclusiva, que se desprende tanto del artículo 24 de la CDPD como de la interpretación de su organismo de supervisión, a través de la Observación General n.° 4, es el que debe fijar un alcance a la textura abierta de las normas constitucionales sobre educación. De esta manera el contenido del derecho a la educación consagrado en los artículos 41, 44, 45, 52, 64, 67, 68, 69 y 70 de la Constitución política de 1991 debe ser integrado, ampliado e interpretado a la luz de los mandatos de la educación inclusiva que se consagra en la CDPD y que se integra al bloque de constitucionalidad.

Dado que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y las normas internacionales sobre derechos humanos presentan una textura abierta en su estructuración normativa[65] —lo que genera un alto grado de indeterminación—, el reto en la adjudicación constitucional es el de determinar tanto su alcance como las obligaciones concretas que producen para el Estado, la sociedad y los particulares. Las observaciones

---

60 Ibíd., artículo 24, incisos 2d y e.

61 Ibíd.

62 Ibíd., artículo 24, inciso 2b.

63 Ibíd., artículo 24, inciso 5.

64 Ibíd., artículo 24, inciso 1a, b y c.

65 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-477/13 (M. P. María Victoria Calle Correa).

generales de los comités supervisores de los tratados, como criterio de interpretación relevante de los derechos allí consagrados, constituyen una útil y necesaria fuente jurídica para delimitar dicha textura abierta. En ese sentido, la Observación General n.° 4 del Comité de la CDPD, sobre el derecho a la educación inclusiva, es el instrumento que de la manera más precisa y contundente fija el sentido y alcance obligacional del artículo 24 de la Convención.

El Comité de la CDPD emitió la Observación General n.° 4 sobre el derecho a la educación inclusiva. Este Comité fue creado por la Convención como instancia de promoción de su desarrollo y cumplimiento, así como para ayudar a los Estados parte en la obligación de presentar informes periódicos. Al ser el organismo de supervisión del instrumento, sus observaciones constituyen un criterio de interpretación relevante para determinar el alcance de los derechos de la CDPD y deben ser observadas de buena fe por el Estado colombiano.[66]

La Observación General n.° 4 es una respuesta a la preocupación que ha manifestado el Comité sobre el acceso de las personas con discapacidad al derecho a la educación en el mundo. Millones de ellas se ven privadas completamente de cualquier forma de educación y "muchas más solo disponen de ella en entornos en los que las personas con discapacidad están aisladas de sus compañeros y donde reciben una educación de calidad inferior".[67]

La constatación del aislamiento en que se encuentran las personas con discapacidad, y en especial los niños, las niñas y los adolescentes, lleva a entender que la vulneración masiva de derechos en la que se encuentran requiere de una protección que solo puede garantizarse a través de su inclusión en el sistema educativo regular. Es la aplicación de la inclusión a la educación lo que verdaderamente garantizará la efectividad de este derecho.[68]

La garantía de un proceso real de inclusión a través del sistema educativo regular, propósito fundamental del derecho a la educación inclusiva, posibilita la materialización de otros derechos humanos. En ese sentido, este derecho es una condición para que los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad disfruten plenamente de todas las demás prerrogativas que ha constituido el ordenamiento jurídico en su defensa, al tiempo que es "el principal medio para que las personas con discapacidad salgan de

---

66 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-78/10 (M. P. Humberto Sierra Porto).

67 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.° 4, *op. cit.*, párrafo 3.

68 Ibíd., párrafo 2.

la pobreza",[69] pues les permite obtener formación para acceder a empleos formales. Así, la educación inclusiva fortalece sociedades más inclusivas, en las que las personas con discapacidad no son objeto de explotación. Para avanzar hacia la garantía de una inclusión real, el Comité, en su Observación General n.° 4, ha señalado una serie de elementos sin los cuales el derecho a la educación no puede considerarse verdaderamente inclusivo. Si estos elementos no son tenidos en cuenta por los Estados en el diseño e implementación de su política educativa, o por los jueces en sus decisiones, no se cumplen las obligaciones previstas en el artículo 24 de la CDPD.

El derecho fundamental a la educación es el derecho a una educación inclusiva y no admite modalidades segregadas o integradas. La observación hace especial énfasis en la necesidad de diferenciar entre la exclusión, la segregación, la integración y la inclusión. Ni la exclusión —en la que se priva a los estudiantes de cualquier tipo de educación—, ni la segregación —en la que los estudiantes con discapacidad son separados de sus pares sin discapacidad—, ni la integración —en la que los estudiantes con discapacidad se incorporan al aula regular, pero con la obligación de adaptarse a ella— materializan, de ninguna forma y en ningún nivel, el derecho a la educación de las personas con discapacidad. Solo la inclusión, en la que los estudiantes se encuentran en un entorno que se adapta a ellos,[70] satisface verdaderamente este derecho. El Comité es claro al afirmar que "solo la educación inclusiva puede ofrecer educación de calidad y desarrollo social a las personas con discapacidad, y una garantía de universalidad y no discriminación en el derecho a la educación".[71]

La Observación General n.° 4 plantea, por lo tanto, un rechazo radical hacia cualquier forma de educación especial, segregada o integrada, como las que se ordenan y permiten en las normas que se demandan. Un modelo educativo en el que los estudiantes con discapacidad sean apartados y aislados violenta el derecho a la igualdad y la correlativa prohibición de discriminación, que "incluye el derecho a no ser objeto de segregación".[72] En ese sentido, la obligación de los Estados de dar cumplimiento al artículo 24 de la CDPD "no es compatible con el mantenimiento de dos sistemas de enseñanza: un sistema de enseñanza general y un sistema de enseñanza segregada o especial".[73]

---

69 Ibíd., párrafo 10c.

70 Ibíd., párrafo 11.

71 Ibíd., párrafo 2.

72 Ibíd., párrafo 13.

73 Ibíd., párrafo 40.

Así pues, la existencia de normas, regulaciones o reglas de decisión jurisprudencial que permitan un modelo educativo segregado contrarían las disposiciones del artículo 24, y especialmente las consagradas en el párrafo 2a, según el cual los Estados deben garantizar que las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación en razón de su discapacidad. De acuerdo con el Comité, por "educación general se entienden todos los entornos de enseñanza ordinaria".[74] Así que no es válida la exclusión de las personas con discapacidad bajo el argumento de que no están preparadas para su acceso a este sistema o a que su estado de salud les exige un servicio especializado.

El derecho de las personas con discapacidad a no ser discriminados del sistema regular de educación genera para el Estado la correlativa obligación de garantizar la disponibilidad de instituciones educativas —tanto públicas como privadas— en cantidad y calidad suficientes.[75] La disponibilidad debe cubrir cupos en todos los niveles educativos.

La educación inclusiva es un proceso de cambio cultural, legislativo y judicial. Se requiere, para su plena materialización, de una "transformación de la cultura, la política y la práctica en todos los entornos educativos formales e informales para dar cabida a las diferentes necesidades e identidades de cada alumno, así como el compromiso de eliminar los obstáculos que impiden esa posibilidad".[76] Se trata de un proceso dinámico, inacabado, continuo, en el que las prácticas educativas se van adecuando a las necesidades de los estudiantes y se asegura su inclusión efectiva.[77] De ese proceso de cambio también hacen parte los jueces, quienes a través de sus decisiones tienen la posibilidad de fomentar la inclusión educativa y evitar violaciones al derecho prevalente a la educación de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad.

La educación inclusiva pone a las personas con discapacidad en el centro. La educación inclusiva supera la idea de las personas con discapacidad como simples beneficiarios de ayudas sociales y las reconoce como sujetos de derechos.[78] En ese sentido, la educación no es para ellas una prebenda, sino un derecho.[79] Al ser un derecho fundamental de todo estudiante, es la persona con discapacidad misma la titular y la única que lo disfruta a plenitud. Los padres y los cuidadores tienen una responsabilidad frente a la garantía del derecho a la educación inclusiva, pero sin que medie relación

---

74 Ibíd., párrafo 18.
75 Ibíd., párrafo 21.
76 Ibíd., párrafo 9.
77 Ibíd., párrafo 10d.
78 Ibíd., párrafo 1.
79 Ibíd., párrafo 7.

de titularidad alguna.[80] La obligación del Estado, por lo tanto, es la de garantizar que el verdadero y único titular —el estudiante— disfrute del derecho en condiciones de igualdad, razón por la cual debe "adoptar medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho, por ejemplo, los padres que se niegan a enviar a la escuela a las niñas con discapacidad",[81] médicos o maestros que recomiendan su exclusión o segregación. Se desprende, con completa claridad, que no existe un derecho en cabeza de los padres a optar por modelos educativos segregados; el derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos debe suceder —como sucede para las personas sin discapacidad— en el marco del sistema educativo regular.

Entender a las personas como titulares de derechos es consecuencia del reconocimiento de su dignidad humana. La educación inclusiva protege el valor de todos los estudiantes y respeta su dignidad y autonomía[82] al reconocer todas sus capacidades y potencialidades. La Observación General n.° 4 reconoce que una de las principales barreras que han enfrentado las personas con discapacidad para acceder a la educación han sido las pocas expectativas que se depositan sobre ellas, lo que propicia "que los prejuicios y el miedo aumenten y no se combatan";[83] en no pocas oportunidades, las personas con discapacidad han sido consideradas por sus maestros, padres, jueces y por ellos mismos como "no educables" y por tanto su inclusión en condiciones de igualdad no ha sido una prioridad. De ahí que se proponga, por el contrario, un enfoque que incluya a todas las personas, que reconozca sus capacidades para aprender y que ponga en ellas notables expectativas, incluidas las que presentan alguna discapacidad.[84] La educación inclusiva se preocupa, por lo tanto, por las aspiraciones y capacidades de los estudiantes y apuesta por el desarrollo de todas sus potencialidades y talentos.[85]

La educación inclusiva debe ser diseñada de forma universal, desarrollar ajustes razonables y proveer apoyos personalizados a los niños, niñas y adolescentes con discapacidad. La educación inclusiva requiere de un ambiente que favorezca el aprendizaje, a través de entornos accesibles, en los que "todas las personas se sienten seguras, apoyadas, estimuladas y pueden expresar sus opiniones".[86] Para ello se requieren transformaciones culturales, políticas y prácticas en los procesos pedagógicos, en los espacios físicos y

---

80 Ibíd., párrafo 10a.
81 Ibíd., párrafo 39.
82 Ibíd., párrafo 10b.
83 Ibíd., párrafo 4b.
84 Ibíd., párrafo 12c.
85 Ibíd., párrafo 16.
86 Ibíd., párrafo 12f.

en las formas en las que se relacionan las personas en el entorno escolar.[87] El enfoque del diseño universal para el aprendizaje[88] es la vía idónea para materializar el derecho a la educación inclusiva y su implementación debe llevar a los maestros y a las autoridades educativas a que se cuestionen sobre los métodos de enseñanza y busquen la manera de ofrecer respuestas apropiadas para estudiantes con y sin discapacidad. Este rol de los maestros, su responsabilidad frente a la educación inclusiva, visiblemente relevante, requiere de un acompañamiento y una formación continua,[89] provista por el Estado.

La accesibilidad a la que está vinculada la educación inclusiva se predica de todo el entorno.[90] Las obligaciones que produce, en términos de ajustes razonables[91] y apoyos personalizados, se extienden a los espacios físicos, a las relaciones comunicativas, a las barreras actitudinales, a los métodos de enseñanza, a los planes de estudio, a las formas de evaluación y a todas las prácticas pedagógicas y didácticas. El diseño del transporte escolar, de los servicios sanitarios, de los espacios de recreo debe adecuarse a las necesidades de las personas con discapacidad y los Estados "deben prohibir y sancionar que en el futuro se construya cualquier infraestructura educativa que sea inaccesible".[92] El transporte resulta especialmente importante, pues en aplicación del apartado b del párrafo 2 del artículo 24 de la CDPD, las personas con discapacidad deben acceder a instituciones que se encuentren en la comunidad en la que vivan.[93]

En cuanto al proceso de aprendizaje, la accesibilidad requiere que los alumnos sean acompañados en las transiciones que van presentándose a lo largo del proceso educativo;[94] es decir que en los sucesivos cambios en los niveles educativos encuentren apoyos específicos que les permitan hacer estos tránsitos en condiciones de igualdad y evitar así la deserción y la correlativa exclusión educativa.

---

87 Ibíd., párrafo 12b.

88 Este enfoque es entendido como un conjunto de principios que orientan las prácticas del personal educativo para la creación de entornos de aprendizaje que se flexibilizan según las particularidades de los estudiantes y responden a las necesidades de todos los alumnos. Ibíd., párrafo 26.

89 Ibíd., párrafo 12d.

90 Ibíd., párrafo 22.

91 De acuerdo con el Comité, un ajuste es razonable cuando parte del "resultado de una prueba contextual que entrañe un análisis de la relevancia y la eficacia del ajuste y el objetivo esperado de combatir la discriminación". Ibíd., párrafo 28.

92 Ibíd., párrafo 22.

93 Ibíd., párrafo 27.

94 Ibíd., párrafo 12g.

Estado actual del precedente judicial sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad

En su precedente constitucional en materia de educación de las personas con discapacidad, la Corte Constitucional ha reiterado un grupo de reglas de decisión que, en muchos casos, han permitido la exclusión o segregación de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad del sistema educativo regular, lo que constituye un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano. Obligaciones que, por emanar de tratados internacionales sobre derechos humanos y haber sido ratificados por Colombia, se encuentran incorporadas al bloque de constitucionalidad en sentido estricto y son vinculantes para los jueces de la república.

A lo largo de su historia, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre múltiples casos en los que ha abordado el derecho a la educación de las personas con discapacidad. Y desde la primera sentencia que pronunció sobre este tema, la T-429 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón), estableció un grupo de subreglas que tenían como finalidad la protección del derecho a la educación de las personas con discapacidad. Estas subreglas han desarrollado un criterio de decisión que ha desempeñado un papel preponderante en las decisiones que se han proferido desde entonces, tanto en el alto tribunal como por los jueces de tutela subordinados al precedente constitucional. Las cinco subreglas bajo análisis son:

1. El derecho a la educación de las personas con discapacidad puede protegerse a través de la tutela.
2. *La educación especial debe entenderse como un recurso extremo.* Se ordenará por vía de tutela solo en aquellos casos en los que valoraciones médicas, psicológicas y familiares indiquen que es la mejor opción para la realización del derecho a la educación.
3. La probada necesidad de educación especial no es una justificación para la negación del acceso a la educación de las personas con discapacidad.
4. Si existen centros educativos especializados y el menor los requiere, el ingreso en ellos no solo se preferirá, sino que se ordenará.
5. Cuando no sea posible brindar una educación especializada, deberá garantizarse, cuando menos, el servicio público convencional, hasta que la familia, la sociedad y el Estado puedan brindar una mejor alternativa educativa.

La cláusula de residualidad de la educación segregada que se encuentra en dichas subreglas, reiterada por la Corte Constitucional,[95] contradice las obligaciones que actualmente tiene el Estado colombiano en virtud del artículo 24 de la CDPD, y que deben interpretarse a la luz de la Observación n.º 4 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La mayoría de estas subreglas, como se pasa a evidenciar en las líneas siguientes, han fomentado la educación especial de las personas con discapacidad y desincentivado su plena inclusión al sistema educativo regular, lo que constituye una violación al derecho a la educación inclusiva y una discriminación en razón de la discapacidad.

De acuerdo con la primera subregla, se ha establecido en el precedente que la tutela es el mecanismo idóneo para la protección eficaz del derecho a la educación de las personas con discapacidad. Esta subregla debe mantenerse, pues es la acción de tutela el mecanismo idóneo para proteger la educación inclusiva de las personas con discapacidad, pero no su exclusión o segregación. La Corte Constitucional ha sido consistente en considerar que este mecanismo ampara eficazmente el derecho a la educación, a partir de dos razones principales: por una parte, es un derecho que para los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad es fundamental, por mandato directo del artículo 44 de la Constitución política, y, por otra, requiere de una especial y reforzada protección para la garantía de su materialización.[96]

Se trata de una subregla trascendental para la protección adecuada de este derecho. La tutela es, efectivamente, un mecanismo idóneo para que actores tanto públicos como privados realicen aquellas acciones que permitan avanzar en la aplicación de los estándares internacionales previstos en el artículo 24 de la CDPD. La efectividad de la tutela debe, por lo tanto, continuar reconociéndose y fortaleciéndose, para lo cual es imprescindible que se aplique de conformidad con el bloque de constitucionalidad al que se incorpora la Convención.

El uso de la acción de tutela para ordenar modalidades educativas que excluyen o segregan a las personas con discapacidad del sistema educativo regular e inclusivo desnaturaliza su propósito constitucional.[97] Al ordenar

---

[95] Véase, entre otras, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-429/92 (M. P. Ciro Angarita Barón), Sentencia T-620/99 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), Sentencia T-443/04 (M. P. Clara Vargas H.), Sentencia T-170/07 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), Sentencia T-282/08 (M. P. Mauricio González Cuervo), Sentencia T-694/11 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), Sentencia T-791/14 (M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez) y Sentencia T-465/15 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[96] Véase, entre otras, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-703/2013 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla) y Sentencia T-598/13 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[97] Véase Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de 1991, *op. cit.*, artículo 86: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y

modalidades contrarias a la educación inclusiva —como la educación especial—, se les vulnera a las personas con discapacidad su derecho a la educación y a la no discriminación.[98] El Comité de la CDPD ha sido claro en señalar que la obligación del Estado de garantizar que ninguna persona con discapacidad quede excluida del sistema regular de educación solo se satisface mediante la prohibición de medidas que limiten la inclusión en razón de la discapacidad,[99] pues "solo la educación inclusiva puede ofrecer educación de calidad y desarrollo social a las personas con discapacidad".[100]

La segunda subregla de la Corte que desarrolla la cláusula de residualidad de la educación especial determina que la educación especial es un recurso extremo y que se ordenará por vía de tutela en aquellas circunstancias en las que las valoraciones médicas, psicológicas y sociales determinen que es la mejor opción para los niños, niñas y adolescentes con discapacidad. Esta subregla, entendida inicialmente como una excepción a la educación inclusiva, ha terminado por justificar y permitir, en numerosas oportunidades, que niños, niñas y adolescentes con discapacidad sean segregados y excluidos, vulnerándose su derecho a la educación inclusiva.[101]

Esta subregla, contraria a la CDPD, no puede continuar siendo un criterio de decisión en la protección de los derechos de las personas con discapacidad. El Comité CDPD ha sido claro en decir que solo la educación inclusiva puede materializar el derecho a la educación y ofrecer

---

lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

98 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.º 4, *op. cit.*, párrafos 11, 13, 18 y 40.

99 El Comité hace particular énfasis en el hecho de que por "educación general se entienden todos los entornos de enseñanza ordinaria y el departamento de enseñanza". Ibíd., párrafo 18.

100 Ibíd., párrafo 2.

101 Véase, al respecto, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-465/15 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), en la que se ordena que una persona con discapacidad cognitiva sea vinculada a una institución especial de artes y oficios; Sentencia T-791/14 (M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez), en la que se ordena educación especializada para una persona con discapacidad física y cognitiva; Sentencia T-694/11 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), en la que se ordena esta modalidad educativa para una persona con discapacidad auditiva que requería de un intérprete; Sentencia T-282/08 (M. P. Mauricio González Cuervo), sobre un caso de una persona con discapacidad cognitiva que se encontraba en el entorno regular y para la cual la Corte termina determinando que debía garantizarse una educación especial; Sentencia T-170/07 (M. P. Mauricio González Cuervo), en la que se buscaba el acceso a la educación inclusiva, pero que ordena educación especial; Sentencia T-443/04 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), en la que la Corte determina que, por consideración de los médicos especialistas, un niño con autismo debe ser inscrito en un entorno segregado, y Sentencia T-620/99 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), en la que se buscaba el acceso al entorno regular y la Corte determina que un niño con discapacidad cognitiva no está preparado para el sistema general y que debe, por lo tanto, ser inscrito en una institución especial.

"una garantía de universalidad y no discriminación en el derecho a la educación".[102] De ahí que la educación especial o segregada no pueda ser, en ningún caso, un recurso constitucionalmente válido, pues no garantiza el derecho a la educación de las personas con discapacidad.

Las valoraciones médicas, psicológicas o pedagógicas no pueden ser, en ningún caso, una justificación para excluir o segregar a una persona con discapacidad del sistema educativo regular. El Comité CDPD ha sido claro al afirmar que "la realización de ajustes razonables no podrá estar supeditada a un diagnóstico médico de deficiencia y, en su lugar, deberá basarse en la evaluación de las barreras sociales a la educación".[103] Cualquier valoración debe estar orientada a cualificar el diseño de los ajustes razonables necesarios, pero no a justificar la exclusión.

De la misma manera que el derecho a la educación inclusiva no puede estar supeditado a la opinión de los expertos, tampoco puede depender de la voluntad de padres o maestros. Es un derecho cuyo único titular es el estudiante con discapacidad, de ahí que las opiniones de padres, cuidadores, directivos o profesores no puedan justificar la exclusión educativa estas personas.[104] En suma, la educación especial o segregada no es una opción constitucionalmente válida, pues no protege los derechos de las personas con discapacidad. Ni las barreras arquitectónicas,[105] comunicativas[106] o actitudinales,[107] ni la falta de preparación de las instituciones, los maestros o el sistema pueden llegar a ser justificaciones válidas para la denegación del derecho a la educación inclusiva.

La tercera subregla establece que la probada necesidad de la educación especial no justifica la denegación de la educación a las personas con discapacidad. La Corte debe sustraer de su criterio de decisión la idea de que las personas con discapacidad pueden requerir de una educación segregada.

---

102 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.º 4, *op. cit.*, párrafo 2.

103 Ibíd., párrafo 30.

104 Ibíd., párrafos 10a y 39.

105 De acuerdo con la Ley 1618/13, artículo 2, inciso 5c, las barreras físicas o arquitectónicas son "aquellos obstáculos materiales, tangibles o construidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad".

106 De acuerdo con la Ley 1618/13, artículo 2, inciso 5b, las barreras comunicativas se refieren a los obstáculos que "impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas".

107 De acuerdo con la Ley 1618/13, artículo 2, inciso 5a, las barreras actitudinales se refieren a las "conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad".

Esta supuesta necesidad —incluso en aquellos casos en los que sea recomendada por médicos, psicólogos, maestros o padres de familia— encubre, en realidad, prejuicios, estigmas y otras formas de discriminación[108] en contra de las personas con discapacidad.

La Corte Constitucional y los jueces de tutela, al aceptar la falsa necesidad de educación especial —motivada por prejuicios y estigmas en contra de las personas con discapacidad—, han justificado órdenes judiciales que segregan o excluyen a las personas con discapacidad del sistema educativo regular. Esa exclusión se ha sustentado, en buena medida, en la falsa idea de que requieren una atención especializada, en la que con bastante frecuencia la atención en salud desdibuja el servicio público de la educación. De esta manera, tanto jueces de tutela como la Corte Constitucional han caído en la trampa de la educación especial, la cual pretende proteger derechos, pero, en realidad, discrimina a las personas con discapacidad, al etiquetarlas, de manera soterrada, como personas "no educables".[109]

Como ya se ha dicho, todas las personas con discapacidad tienen derecho a que se provean los apoyos y se realicen ajustes razonables para garantizar su inclusión en el sistema educativo regular.[110] Las valoraciones médicas, psicológicas o pedagógicas deben servir para determinar la manera más eficaz e idónea en la que estos deben brindarse, y los padres de familia deben participar activamente en el fomento del goce efectivo de este derecho. Solo de esta manera podrá garantizarse una participación plena de las personas con discapacidad en el sistema educativo regular.

La cuarta subregla determina que si existen centros educativos especializados y el menor los requiere, el ingreso no solo se preferirá, sino que se ordenará. Las personas con discapacidad, tal y como se desprende en el artículo 24, inciso 1 de la CDPD, tienen derecho a la educación en el marco del sistema educativo regular. Una oferta educativa segregada o especial no puede reemplazar una oferta educativa inclusiva, aún en aquellos eventos en los que esta sea inexistente o precaria. En esos eventos, lo que corresponde es la adecuación progresiva de los programas educativos, para que la inclusión sea real, y no la segregación o la exclusión. Como

---

108 El Comité CDPD ha identificado que los estereotipos y prejuicios son "barreras que impiden el acceso al aprendizaje en el sistema educativo y que este se desarrolle con eficacia". Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.º 4, *op. cit.*, párrafo 48.

109 Ibíd., párrafos 18 y 63.

110 Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, artículo 24, inciso 2c.

se ha señalado ya, solo la educación inclusiva materializa el derecho a la educación de las personas con discapacidad.[111]

El Estado colombiano tiene la obligación de desarrollar un sistema educativo inclusivo, en el que se brinden apoyos y ajustes razonables a los estudiantes con discapacidad, de tal forma que se garantice su plena inclusión y participación. El cumplimiento de esa obligación —incorporada al bloque de constitucionalidad— es incompatible con la pervivencia de una educación especial o segregada,[112] así como con las decisiones judiciales que las promueven. Cuando el juez de tutela se ve obligado no solo a preferirla, sino a ordenarla, está siendo parte activa de la violación del derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad; además, está poniendo la acción de tutela al servicio de prejuicios y estigmas que discriminan a un grupo que ha sido históricamente marginado y que goza de una doble protección constitucional.

Finalmente, la quinta subregla establece que, cuando no sea posible ofrecer una educación especializada, deberá garantizarse, cuando menos, el servicio público convencional, hasta que la familia, la sociedad y el Estado puedan brindar una mejor educación. El sistema educativo regular, nombrado por la Corte como "servicio convencional", es la única opción que se adecúa a las obligaciones internacionales contraídas por Colombia. No puede ser visto, como se desprende de esta subregla, como una excepción de menor calidad para ciertas personas con discapacidad. El derecho a la educación de las personas con discapacidad solo puede realizarse en un sistema de educación inclusivo,[113] lo cual debe lograrse en el sistema de educación regular, entendido este como "todos los entornos de enseñanza ordinaria".[114] Cualquier medida, costumbre o práctica que genere discriminación en el acceso a la educación de las personas con discapacidad está proscrita por la CDPD.[115]

La familia, la sociedad y el Estado solo pueden brindar una mejor educación para las personas con discapacidad cuando se brindan los apoyos y ajustes razonables en el marco del sistema educativo regular, garantizando el acceso a la educación en condiciones de igualdad. El Comité CDPD ha hecho particular énfasis en establecer que la "denegación de ajustes

---

111 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.º 4, *op. cit.*, párrafo 2.

112 Ibíd., párrafo 40.

113 Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, artículo 24, inciso 1.

114 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.º 4, *op. cit.*, párrafo 18.

115 Ibíd., párrafo 19.

razonables constituye una discriminación por motivos de discapacidad",[116] pues la finalidad de estos es la materialización del derecho a la educación de todos los niños y las niñas, para evitar que sean excluidos del sistema por sus condiciones particulares.[117]

El camino hacia la protección del derecho a la educación inclusiva ya encuentra un respaldo en la Corte Constitucional, pues recientes sentencias han venido incorporando los estándares internacionales de la CDPD, así como los criterios de interpretación del Comité de la CDPD. Los apoyos y ajustes razonables no han sido ajenos a las órdenes de la Corte, quien en numerosas oportunidades ha entendido la importancia de su realización.[118] En la Sentencia T-598 de 2013, la Corte Constitucional indicó que la educación de las personas con discapacidad debe ser inclusiva. En esa oportunidad la Corte estableció que

> el derecho a la educación es de carácter fundamental, garantía que se refuerza cuando se trata de personas que están en situación de discapacidad. Ahora bien, este derecho comprende la garantía de acceso y permanencia en el sistema educativo, con el fin de que estas personas puedan ejercer plena y efectivamente todos los contenidos de dicho derecho. *En cuanto al modelo que se debe utilizar en el sistema educativo colombiano (para todos los educandos, y en especial para las personas en situación de discapacidad), encontramos que esta debe ser preferentemente inclusiva*.[119]

En esa misma sentencia la Corte estableció que la inclusión educativa es "consustancial" al derecho a la educación, es su "forma más definitoria", puesto que implica la superación de toda discriminación y exclusión a través de la remoción de las barreras que impiden o dificultan el acceso, la participación y el aprendizaje en condiciones de igualdad.[120]

Así pues, como se ha visto, con la aplicación de estos criterios, los jueces de tutela han permitido y fomentado una educación especial, que excluye y segrega a los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad del sistema educativo regular, para lo cual se han valido de criterios médicos y psicológicos que enmascaran prejuicios y estigmas contra esta población que goza de una doble protección constitucional. La Corte Constitucional

---

116 Ibíd., párrafo 41b.

117 Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, artículo 24, inciso 2.

118 Véase, entre otras, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-488/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), Sentencia T-097/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), Sentencia T-476/15 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), Sentencia T-051/11 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), Sentencia T-495/12 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), Sentencia T-022/09 (M. P. Rodrigo Escobar Gil) y Sentencia T-850/14 (M. P. María Victoria Sáchica).

119 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-598/13 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

120 Ibíd.

y los jueces de tutela se enfrentarán al reto de no caer en la trampa de la educación especial y, por el contrario, proteger el derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad, de acuerdo con los avances del bloque de constitucionalidad.

Reto 3: promover los apoyos en la toma de decisiones como forma de garantizar el derecho a la capacidad legal de las personas con discapacidad

Tradicionalmente el derecho civil ha abordado la cuestión sobre la capacidad legal de las personas con discapacidad desde el modelo de sustracción de la capacidad.[121] Dicho modelo se encuentra presente no solo en la normativa vigente,[122] sino que se encuentra afincado en la tradición jurídica, en las instituciones históricas del derecho provenientes de regulaciones tan antiguas como el derecho romano y que hacen parte de la formación inicial de los abogados en países que, como Colombia, siguen la tradición jurídica continental.

El modelo de la sustracción de la capacidad legal puede explicarse a través de tres ideas centrales. En primer lugar, todas las personas están protegidas por la presunción de la capacidad legal. De esta manera se reconoce de manera masiva este atributo de la personalidad y derecho humano internacional y constitucionalmente protegido al igual reconocimiento ante la ley y a la capacidad legal. De esta manera se operativiza la capacidad legal, un presupuesto central para el ejercicio de los derechos, de la autonomía de la voluntad y de la ciudadanía.

En segundo lugar, se introduce la duda sobre la capacidad legal de algunas personas por el solo hecho de su condición de discapacidad, particularmente por discapacidades de tipo mental, intelectual y algunas veces sensorial.[123] De esta manera, para el ordenamiento jurídico, algunas personas con discapacidad pueden ser consideradas como incapaces, y así un prejuicio social, una percibida condición de inferioridad ante la aparente incapacidad de entender, decidir y asumir las consecuencias de

---

121 Véase Robert D. Dinerstein, "Implementing legal capacity under article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The difficult Road from guardianship to supported decision-making", *Human Rights Brief* 19, n.º 2 (2012): 8-12; Gerard Quinn, "Personhood & legal capacity. Perspectives on the paradigm shift of article 12 CRPD", HPOD Conference, Harvard Law School, 20 de febrero de 2010.

122 En Colombia el régimen de la capacidad legal del Código Civil fue reformado por la Ley 1306/09, que, aunque pretendía modernizar dicho régimen, no logra ponerla a tono con los avances del bloque de constitucionalidad.

123 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.º 1, artículo 12: igual reconocimiento ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 9.

las decisiones desata la necesidad de sustraer la capacidad legal, bajo la justificación de protegerlos.

Y, en tercer lugar, se abre la posibilidad —otras veces se impone la obligación— de desarrollar un proceso judicial para que sea un juez quien declare la incapacidad de una persona con discapacidad concreta e imponga la medida de interdicción. De esta manera, a una persona, por el hecho de su discapacidad, y a través de un proceso judicial en el que no actúa como parte, se le sustrae su capacidad legal y se le nombra un representante, quien lo sustituirá en la toma de sus decisiones.

Frente a la capacidad legal y a la sustracción de esta, el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha establecido que estas

> siguen siendo el grupo al que más comúnmente se le niega la capacidad jurídica en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales con respecto a su salud, su educación y su trabajo. En muchos casos, la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha hecho que se vean privadas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad.[124]

El bloque de constitucionalidad ha evolucionado significativamente en la última de década frente al reconocimiento del derecho al igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad; *y asimismo deberá hacerlo la Corte Constitucional colombiana, la cual tendrá el reto de catalizar el cambio paradigmático incorporado en la CDPD, transformar no solo las normas, sino también la tradición y educación jurídica que ha normalizado y regulado un entendimiento prejuicioso, estigmatizador y discriminador de las personas con discapacidad como incapaces*.[125]

---

[124] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.º 1, *op. cit.*, párrafo 8.

[125] Ibíd., párrafo 3.

Cambio paradigmático en el igual reconocimiento ante la ley: la protección de la capacidad legal en la CDPD

El artículo 12 de la CDPD instituye en el bloque de constitucionalidad el cambio paradigmático en lo que a la capacidad legal y el igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad se refiere.[126] La Convención exige dejar atrás el modelo se sustracción de la capacidad legal y los regímenes de interdicción judicial y reemplazarlo por el modelo de toma de decisiones con apoyo. Con posterioridad, el Comité de Naciones Unidas, vigilante del tratado, emitió su primera observación general, en donde interpretó y detalló las obligaciones estatales y los estándares internacionales sobre el derecho al igual reconocimiento ante la ley y a la capacidad legal.[127]

El estándar internacional del artículo 12 de la Convención puede ser sintetizado a través de tres obligaciones internacionales. En primer lugar, el Estado tiene la obligación de reafirmar "que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica".[128] La CDPD utilizar *reafirmar* como verbo rector de la obligación internacional, porque no fue en dicho instrumento en el cual se reguló por primera vez el derecho al igual reconocimiento ante la ley y a la capacidad legal. Durante años otros instrumentos internacionales protegieron este derecho, pero no se enfocaron en las personas con discapacidad y continuaron justificando y manteniendo el *statu quo* de la sustracción de la capacidad legal. La CDPD decidió así reafirmar un derecho humano internacionalmente protegido, para luego poner el foco en el cambio paradigmático.

El Comité estableció en la Observación General n.° 1 que el igual reconocimiento ante la ley no solo es un derecho, sino que es un principio básico para la protección y el ejercicio de otros derechos humanos, sin dicho reconocimiento y capacidad el ejercicio de los derechos y la ciudadanía se encontrarían injustificadamente mediados por terceros. El Comité continuó su interpretación e indicó que

> en el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se describe en mayor profundidad el contenido de ese derecho civil, centrándose en las esferas en que tradicionalmente se les ha denegado a las personas con discapacidad. En el artículo 12 no se establecen

---

126 Véase Dinerstein, "Implementing legal capacity under article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities...", *op. cit.*, y Quinn, "Personhood & legal capacity...", *op. cit.*

127 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.º 1, *op. cit.*

128 Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, artículo 12, inciso 1.

> derechos adicionales para las personas con discapacidad; simplemente se describen los elementos específicos que los Estados partes deben tener en cuenta para garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás.[129]

En segundo lugar, el Estado tiene la obligación de reconocer que "las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida".[130] A través de esta obligación internacional el cambio paradigmático busca que la discapacidad no se use como razón para sustraer el ejercicio de la capacidad legal. Este estándar lleva a argumentar que es una discriminación que una persona, por el hecho de su discapacidad, vea su capacidad jurídica limitada o sustraída. Ser declarado interdicto y tener un tercero representante para ejercer la capacidad legal es una forma de discriminación y una violación al derecho al igual reconocimiento ante la ley y a la capacidad legal. El reconocimiento de la capacidad legal en igualdad de condiciones

> incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin.[131]

El Comité notó que con frecuencia los conceptos de capacidad jurídica y capacidad mental se confunden y se usa la segunda para negar la primera:

> La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales.[132]

---

129 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 1, *op. cit.*, párrafo 1.

130 Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, artículo 12, inciso 2.

131 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.º 1, *op. cit.*, párrafo 12.

132 Ibíd., párrafo 13.

Al interpretar el artículo 12 de la CDPD, el Comité indicó que

> el "desequilibrio mental" y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica.[133]

Al asimilar la capacidad mental con la capacidad jurídica, y usar la primera para negar la segunda se ha incurrido, históricamente, en una discriminación y en una violación del derecho humano al igual reconocimiento ante la ley y a la capacidad legal. Por ello, a través de la Observación General n.° 1, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad derivó del artículo 12, inciso 2, la prohibición de sustraer la capacidad legal de las personas con discapacidad, al indicar que: primero, "con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho";[134] segundo,

> el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12. Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.[135]

En tercer lugar, el Estado tiene la obligación de adoptar "las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica". Esta obligación internacional instituye el cambio paradigmático. Las personas con discapacidad tienen derecho al igual reconocimiento de su personalidad legal, tienen derecho a su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, y para ello deben poder acceder a los apoyos necesarios para ejercer su capacidad jurídica.[136] Como todas las personas, aquellos con discapacidad pueden necesitar ayuda para entender y tomar sus decisiones de forma libre, responsable y consentida. El cambio paradigmático exige reconocer la capacidad jurídica, la diversidad de posibilidades y de necesidades de apoyo, y brindar apoyos efectivos para la toma de decisiones. La

---

133 Ibíd.

134 Ibíd., párrafo 5.

135 Ibíd., párrafo 9.

136 Ibíd., párrafo 16.

sustracción de la capacidad legal instituida en las normas, la tradición y la educación jurídica resuelve la necesidad de apoyo para tomar decisiones de las personas con discapacidad sustrayendo la capacidad y depositándola en un tercero que no necesita apoyo. De esta manera el régimen de la capacidad legal niega la capacidad de decidir, niega la diversidad, la personalidad y el ejercicio de la ciudadanía. La obligación de proveer apoyos para la toma de decisiones afirma la capacidad de decidir, reconocer la diversidad y la personalidad y exige reemplazar la interdicción judicial por un esquema que entienda las necesidades de apoyo para decidir, provea dichos apoyos y proteja de los posibles abusos que puedan cometerse.

A diferencia de la sustracción de la capacidad, en donde usando la discapacidad como un criterio prejuicioso y sospechoso, se niega la capacidad legal a las personas con discapacidad para otorgársela a un tercero, quien deberá representarlas y protegerlas, brindar apoyos en la toma de decisiones lleva necesariamente a un grupo plural y diverso de mecanismos de apoyo,[137] con distintas manifestaciones e intensidades[138] y eventualmente a la posibilidad a desistir de aquellos que pudieran estar disponibles.[139]

En cuarto lugar, en situaciones límite, en que las personas con discapacidad no puedan manifestar su voluntad, el Comité ha establecido que debe operar el principio de "la mejor interpretación de la voluntad y las preferencias de la persona", en lugar del afincando principio del "interés superior de la persona".[140]

La CDPD exige así que el cambio paradigmático que se incluye en el artículo 12 se manifieste en cambios normativos y actitudinales que potencien el goce efectivo del derecho al igual reconocimiento ante la ley y a la capacidad legal, así como la provisión de apoyos. El Comité ha establecido en general que

> los Estados partes deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas. Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Esas prácticas deben

137 Ibíd., párrafo 17.
138 Ibíd., párrafo 18.
139 Ibíd., párrafo 19.
140 Ibíd., párrafo 21.

> ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.[141]

Específicamente el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el último ciclo en que revisó a Colombia notó con preocupación que "en el Código Civil y en la jurisprudencia del Estado parte persistan restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica a personas con discapacidad, y como consecuencia, se les niegue su acceso a la justicia, y al derecho a dar o negar su consentimiento libre e informado"[142] y recomendó

> al Estado parte que derogue toda disposición en el Código Civil y otras normas que restrinjan parcial o totalmente la capacidad jurídica de personas con discapacidad, y adopte medidas legales y administrativas para proporcionar los apoyos que requieran las personas con discapacidad para ejercer plenamente este derecho, tomar decisiones en los ámbitos de salud, sexualidad, educación y otros, sobre la base del respeto pleno a su voluntad y preferencias, tal y como lo establece la Observación General n.° 1 (2014) del Comité.[143]

Estado actual del precedente judicial sobre el derecho a la capacidad legal de las personas con discapacidad

Frente al reto de catalizar el cambio paradigmático incorporado en la CDPD en relación con la capacidad jurídica y el igual reconocimiento ante la ley, la Corte Constitucional colombiana se encontrará frente al reto de no solo transformar las normas jurídicas mediante el análisis abstracto de constitucionalidad, sino también ordenar apoyos concretos para el ejercicio de dicho derecho y transformar así la tradición y educación jurídica que han normalizado y regulado un entendimiento prejuicioso, estigmatizador y discriminador de las personas con discapacidad como incapaces.

En sus veinticinco años de existencia, el precedente constitucional y de tutela ha tenido numerosas oportunidades para ahondar en la cuestión, y se encuentran importantes avances que llevan a concluir que garantizar el derecho al igual reconocimiento ante la ley y la capacidad legal de las personas con discapacidad no parte de cero; sin embargo, en futuros casos la Corte deberá hacer una interpretación e integración profunda del bloque de constitucionalidad y usar las observaciones generales emanadas

---

141 Ibíd., párrafo 7.

142 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia*, *CRPD/C/COL/CO/1*, 31 de agosto de 2016, párrafo 30.

143 Ibíd., párrafo 31.

del Comité de Naciones Unidas para responder de manera adecuada al reto que en esta materia enfrenta, en muchos casos revisando su propia jurisprudencia.

En su abordaje de la capacidad legal, la Corte Constitucional ha usado las fuentes legales, primero, el Código Civil, en su artículo 1502, siguientes y concordantes, y, segundo, la Ley 1306 de 2009, que aparentemente era la llamada a actualizar y modificar la mencionada institución jurídica. Asimismo, en su entendimiento de la capacidad legal, la Corte Constitucional ha trascrito y plasmado las normas jurídicas vigentes, que a su vez reflejan la tradición jurídica continental frente a estas instituciones.[144] La Corte ha indicado que

> la capacidad, en sentido general, consiste en la facultad que tiene la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones. Pero esta capacidad […] puede ser de goce o de ejercicio. La primera de ellas consiste en la aptitud general que tiene toda persona natural o jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, y es, sin duda alguna, el atributo esencial de la personalidad jurídica. La capacidad de ejercicio o capacidad legal, por su parte, consiste en la habilidad que la ley le reconoce a aquella para poder obligarse por sí misma, sin la intervención o autorización de otra. Implica, entonces, el poder realizar negocios jurídicos e intervenir en el comercio jurídico, sin que para ello requiera acudir a otro.[145]

De esta manera el precedente constitucional, siguiendo las prescripciones legales, ha distinguido entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio (o capacidad legal), y ha refrendado la posibilidad de limitar esta última a personas con discapacidad.

> Las personas civilmente incapaces son las que carecen de capacidad de ejercicio, y están enunciadas en el artículo 1504 del Código Civil, y sus normas concordantes. Son absolutamente incapaces las personas con discapacidad mental absoluta (Ley 1306 de 2009 art. 15), los impúberes o menores de catorce años (CC arts. 34 y 1504) y los sordomudos que no puedan darse a entender (CC art. 1504). La incapacidad puede también ser relativa, y se predica de quien sea menor adulto o ha dejado de ser impúber (CC arts. 34 y 1504), y del disipador que se halle bajo interdicción judicial (CC art. 1504).[146]

En muchos casos, y sin análisis crítico alguno, el precedente constitucional ha replicado la institución jurídica de la incapacidad legal

---

144 Véase, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-983/02 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), Sentencia C-466/14 (M. P. María Victoria Calle Correa) y Sentencia C-131/14 (M. P. Mauricio González Cuervo), entre muchas otras.

145 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-983/02 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

146 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-466/14 (M. P. María Victoria Calle Correa).

para las personas con discapacidad sin usar los desarrollos del bloque de constitucionalidad y negado la protección de un derecho internacional y constitucionalmente protegido a sujetos de especial protección constitucional.[147]

Al momento de abordar casos relacionados con el derecho al igual reconocimiento ante la ley y a la capacidad legal de las personas con discapacidad, la Corte ha justificado la constitucionalidad de la sustracción de la capacidad y de la interdicción judicial como una medida de protección justificada, como una manifestación de la igualdad material, ha negado que la interdicción judicial sea una forma de discriminación en contra de las personas con discapacidad[148] y, en otros casos, les ha impuesto la obligación de probar su capacidad. En casos conocidos por la Corte con posterioridad a la incorporación de la CDPD, en 2011, se ha reafirmado el modelo de la sustracción de la voluntad y se ha justificado la interdicción judicial de esta población.

La Corte ha establecido que la negación de la capacidad legal a través del proceso de interdicción judicial es una forma de protección en favor de las personas que, por sus condiciones físicas o mentales, aparentemente no puedan tomar decisiones, no puedan comprender la naturaleza o consecuencias de sus actos y por ello requieren de un tercero que garantice que la manifestación de su voluntad es jurídicamente válida. "Las incapacidades se han instituido con el objeto de proteger los intereses de ciertas personas que por una u otra razón no tienen el total discernimiento o carecen de la experiencia necesaria para poder expresar su voluntad, adquirir derechos y obligarse con la claridad suficiente y por tal motivo están inhabilitados para celebrar actos jurídicos".[149]

De esta manera el precedente constitucional falla, al entender a las personas con discapacidad como incapaces, enfermos e inclusive como ciudadanos de segunda categoría, para quienes la sustracción de los derechos está aparentemente justificada. La Corte falla en entender que la discapacidad trasciende la situación personal y que deriva de la interacción de las personas con barreras sociales, interacción que debe ser protegida por el derecho a través de ajustes razonables y apoyos que garanticen derechos e inclusive el derecho a la capacidad legal. Bajo la falsa idea de proteger a las personas con discapacidad, la normativa vigente y en muchos casos la

---

147 Véase Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de 1991, *op. cit.*, artículos 13, 14 y 16.

148 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-983/02 (M. P. Jaime Córdoba Triviño); Sentencia C-716/06 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), Sentencia C-438/11 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva) y Sentencia C-131/14 (M. P. Mauricio González Cuervo), entre muchas otras.

149 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-983/02 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

jurisprudencia constitucional han justificado la sustracción de la capacidad y la violación del derecho al igual reconocimiento ante la ley y han discriminado a las personas por su discapacidad.

En algunos casos la jurisprudencia de la Corte ha indicado que la sustracción de la capacidad legal no es una forma de discriminación, sino por el contrario una forma de protección de la igualdad material. Dicho argumento es hoy contrario al bloque de constitucionalidad. La Corte ha indicado que, "al distinguir entre personas con capacidad plena y relativa, el Legislador no pretende discriminar a las segundas sino, por el contrario, proteger sus intereses",[150] y para justificarlo retoma el sentido de la Sentencia C-534 de 2005, indicando que "la declaratoria de incapacidad legal es la alarma que la legislación emite para manifestar una desigualdad en los presupuestos volitivos y reflexivos de ciertos sujetos que van a desarrollar actividades comerciales, o que por lo menos tienen la expectativa de hacerlo".[151]

En los casos en que la jurisprudencia ha justificado la interdicción como forma de protección ha fallado en desarrollar el estándar internacional de reafirmar y reconocer la capacidad legal de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad.[152] Por el contrario, ha usado la discapacidad —un criterio sospechoso de discriminación— para encubrir la negación de un derecho, la negación de apoyos y perpetuar una visión de la discapacidad que, en lugar de proteger derechos, encubre su violación bajo el velo de la supuesta protección de la persona y sus intereses:

> La capacidad, es pues una medida de protección del menor o de los adultos declarados incapaces. En general, las medidas de protección justifican la intervención del Estado o de los padres a favor de los menores o los adultos incapaces, así sea en contra de la voluntad de los mismos, considerando que estos aún no se encuentran en capacidad de determinar de manera autónoma su propio plan de vida y, por consiguiente, requieren que otros asuman la responsabilidad de decidir por ellos y proteger sus intereses.[153]

De igual manera, en algunos casos, el estándar internacional que exige brindar apoyos en el ejercicio de toma de decisiones ha sido negado por la jurisprudencia constitucional. De forma contraria al modelo social de discapacidad, incorporado no solo en la CDPD, sino también en la jurisprudencia constitucional, *la Corte se ha enfocado principalmente en la situación personal o médica para negar la capacidad legal, en lugar de reconocer las barreras para ejercer el derecho y brindar los apoyos ordenados por el bloque*

---

150 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-131/14 (M. P. Mauricio González Cuervo).

151 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-534/05 (M. P. Humberto Sierra Porto).

152 Véase Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, artículo 12, incisos 1 y 2.

153 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-131/14 (M. P. Mauricio González Cuervo).

de constitucionalidad, la Corte ha fallado en apreciar la diversidad y la necesidad de apoyos, y en muchos casos, simplemente ha declarado la incapacidad de decidir por el solo hecho de la discapacidad:

> Teniendo en cuenta la naturaleza misma del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se considera que, en términos generales, su ejercicio se encuentra relacionado con la capacidad que tienen los individuos de tomar decisiones. Por esta razón el ejercicio pleno de esta libertad depende de que la persona cuente con una voluntad reflexiva formada, de modo que, a mayor capacidad, mayor posibilidad de disposición del derecho.[154]

En otros casos la jurisprudencia de la Corte ha reconocido formas alternativas de lenguaje y de expresar la voluntad y las decisiones, pero también ha continuado imponiendo a las personas con discapacidad la carga de "hacerse capaces" o de "demostrar su capacidad", en lugar de brindar apoyos hechos a la medida de las necesidades de cada persona con discapacidad. A través de la Sentencia C-983 de 2002, la Corte analizó un caso de constitucionalidad en donde se demandaba una norma del Código Civil en la que se limitaba la capacidad legal de las personas sordas que no pudieran darse a entender por escrito. En dicho caso la Corte expulsó del ordenamiento jurídico la expresión "por escrito" y reconoció otras formas en que las personas sordas pueden darse a entender. En el razonamiento constitucional la Corte impone a las personas con discapacidad la carga de normalizarse o probar su capacidad, no reconoce la necesidad de apoyos de la población sorda y estigmatiza a las personas con discapacidad intelectual.

En primer lugar, la Corte indica que

> cuando esa persona con limitación auditiva y en lenguaje articulado llega a la pubertad y no se encuentra bajo patria potestad, queda sometida a curaduría que se prolonga en el tiempo, hasta que por solicitud propia y verificadas las circunstancias por el juez sea judicialmente habilitado, es decir, esa guarda cesará cuando, según el mismo ordenamiento Civil, la persona se haya hecho capaz de entender o ser entendido por escrito y tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes.[155]

De esta manera, a la persona sorda, a diferencia de las personas sin discapacidad, al alcanzar la mayoría de edad se le impone la necesidad de probar su "suficiente inteligencia", su capacidad y su funcionalidad para decidir y darse a entender.

En segundo lugar, la Corte reconoce que

> a medida que ha pasado el tiempo se han propuesto una variedad de métodos para educar al sordomudo [*sic*]. Con los avances científicos y

---

154 Ibíd.

155 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-983/02 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

> tecnológicos la enseñanza y la formación de dichos individuos ha alcanzado niveles impensados en épocas anteriores y que muy seguramente han contribuido para que hoy en día se replantee esa concepción limitada de su capacidad […]. De acuerdo con los conceptos de los expertos, las personas sordas y mudas [*sic*], salvo aquellas que padecen además retardo mental o alguna alteración cerebral, tienen un índice intelectual igual que las oyentes y, por contera, será diferente de acuerdo con el desarrollo potencial de cada individuo. El hecho de que no puedan escuchar ni expresarse verbalmente, no implica necesariamente que no piensen, que no sientan, ni tengan la facultad de discernir o de adoptar decisiones y comprometerse en el mundo jurídico.[156]

So pretexto de reconocer las formas alternativas de comunicación de las personas sordas, la Corte termina estigmatizando a las personas con discapacidad intelectual, para quienes presume la ausencia de cualquier "índice intelectual".

Recientemente la Corte Constitucional colombiana ha comenzado a incorporar en sus decisiones elementos del bloque de constitucional en sentido estricto y en sentido lato en el momento de resolver casos relacionados con la capacidad legal de las personas con discapacidad, particularmente en lo que se refiere al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.[157] A través de estas decisiones la Corte ha integrado los estándares internacionales del artículo 12 de la CDPD —reafirmando su derecho a la capacidad legal, reconociéndolo en igualdad de condiciones con los demás y ordenando la provisión de apoyos en la toma de decisiones—; ha hecho uso de la Observación General n.° 1, relativa al tema, y ha profundizado en las características de los apoyos que deben ser brindados a las personas con discapacidad.

A través de las Sentencia C-182 de 2016, la Corte reconoció que

> el modelo social de la discapacidad se desprende del marco internacional de derechos humanos. Así, en lo atinente a los instrumentos internacionales de carácter vinculante para Colombia, el más importante de ellos en esta materia es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) adoptada en el año 2006, la cual tiene como propósito promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad […]. Por esta razón, la Convención dispone que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con

---

156 Ibíd.

157 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-182/16 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado), Sentencia T-573/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva) y Sentencia T-655/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

> las demás en todos los aspectos de la vida y que el Estado debe asegurar a estas personas el acceso al apoyo requerido para su ejercicio.[158]

La Corte llevó los estándares internacionales más allá en la Sentencia T-573 de 2016, al indicar que

> la incorporación del modelo social de la discapacidad en la Convención [que] se ve reflejada, justamente, en la diversidad de compromisos que les impone a sus Estados parte en aras de la efectiva remoción de esos obstáculos […] en relación con la adopción de ajustes razonables que garanticen que las personas en situación de discapacidad puedan gozar y ejercer todos sus derechos y libertades fundamentales [parte], justamente, de ese supuesto. De ahí que su articulado deba leerse, más que como un catálogo de derechos, como una relación de los deberes que incumben a los Estados respecto de la creación de las condiciones necesarias para que los destinatarios de la Convención ejerzan sus derechos humanos en iguales condiciones que cualquier ciudadano.[159]

De esta manera la Corte Constitucional articula la obligación internacional de brindar apoyos en la toma de decisiones con la obligación de proveer ajustes razonables y medidas de acción afirmativa para superar las barreras que los excluyen y segregan. De esta manera el precedente constitucional da pasos hacia delante para incorporar el modelo de apoyos en la toma de decisiones y va dejando atrás las medidas de sustracción de la capacidad legal, como la interdicción judicial.

> La Convención optó por el modelo de asistencia [*sic*] en la toma de decisiones, haciendo explícitos los principios generales de respeto de la dignidad inherente, autonomía individual, no discriminación e igualdad de oportunidades consignados en su artículo 3.º. En consecuencia, reafirmó que las personas con discapacidad tienen derecho a que se reconozca su personalidad jurídica y reconoció su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás frente a todos los aspectos de su vida.[160]

Junto con el uso de los estándares internacionales de la CDPD, la Corte Constitucional colombiana ha usado la Observación General n.° 1 del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como fuente normativa, elevando algunos de sus planteamientos más importantes al nivel del precedente constitucional. En primer lugar, la jurisprudencia de la Corte reconoció la importancia del reconocimiento de la capacidad legal y la provisión de apoyos para su ejercicio, no solo como un asunto civil o

---

158 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-182/16 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

159 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-573/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

160 Ibíd.

negocial, sino como un presupuesto para el ejercicio de la ciudadanía, de la participación social y política, y para el goce efectivo de otros derechos.[161]

En segundo lugar, la jurisprudencia ha elevado al nivel del precedente constitucional la prohibición de la sustracción de la capacidad legal y la obligación del Estado colombiano de modificar la legislación relativa a la interdicción judicial y reemplazarla por una normativa que desarrolle los estándares internacionales sobre el reconocimiento de la capacidad legal y la provisión de apoyos. En la Sentencia C-182 de 2016, la Corte reconoció que

> el hecho de que una persona tenga una discapacidad no debe ser nunca motivo para negarle su capacidad jurídica ni ningún derecho establecido en el artículo 12 de la CDPD […]. Específicamente, el Comité establece que no son admisibles los regímenes basados en la adopción de decisiones mediante el consentimiento sustituto y la negación de la capacidad de este grupo de personas.[162]

Finalmente la Corte profundiza en que el Estado tiene "un mandato para reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas por sistemas de apoyo a la adopción de decisiones. Estos últimos se caracterizan por la primacía de la voluntad de la persona con discapacidad, de su autonomía y sus preferencias".[163]

La Corte entonces ha abordado las características que deben tener los apoyos para la toma de decisiones que deben estar disponibles para las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad legal. Usando los desarrollos de la Observación General n.° 1 del Comité, ha indicado que los apoyos: a) deben variar en intensidad y ser proporcionales de acuerdo con las necesidades de apoyo de las personas (así la Corte reconoce distintos tipos de necesidades de apoyo para distintos tipos de decisiones); b) son renunciables, es decir que la persona tiene la posibilidad de acceder, negarse o desistir de un apoyo en particular; c) no deben regular en exceso la vida de las personas con discapacidad, sino promover su autonomía e independencia; d) deben ser consultados y construidos con las personas con discapacidad, quienes van a ser sus principales usuarios; e) deben estar orientados por la voluntad y las preferencias de las personas, no reemplazarlas so pretexto de su protección o mejor interés; f) deben tener en cuenta las distintas formas y medios de comunicación usados por la persona que recibe el apoyo; g) los apoyos provistos legal o judicialmente

---

161 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-182/16 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado), Sentencia T-573/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva) y Sentencia T-655/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

162 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-182/16 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

163 Ibíd.

deben basarse en los apoyos existentes en la familia y la comunidad, y en casos en que no existan se debe fomentar su construcción; h) la valoración de la capacidad de entender o decidir debe desarrollarse de manera positiva, valorando lo que la persona puede hacer en lugar de las dificultades que puede enfrentar; i) deben establecerse salvaguardias que garanticen que los apoyos respeten la voluntad y preferencias de la persona, y que no se cometan abusos en su contra, y, j) los apoyos deben ser revisados judicialmente de manera periódica.[164]

Ante la obligación concreta de brindar apoyos, la reciente jurisprudencia de la Corte se ha acercado de diferentes maneras, unas veces ordenando revocar decisiones en las que se desconoció la voluntad manifestada por la persona con discapacidad, a quien se le presumió incapaz por el solo hecho de su discapacidad aparente,[165] otras veces ordenando a las entidades concernidas "cerciorarse que se le hayan prestado todos los apoyos y se hayan hecho los ajustes razonables para que la persona pueda expresar su preferencia",[166] particularmente en casos de intervenciones quirúrgicas no consentidas por las personas con discapacidad, y en los casos más profundos, ordenado apoyos específicos y detallados, como por ejemplo: a) "el uso de pictogramas, videos e imágenes que expliquen paso a paso el proceso biológico y los procedimientos; hacer uso de textos de fácil lectura, con lenguaje sencillo y frases cortas y usar imágenes que se asemejen a los cuerpos reales de las personas con discapacidad, para que puedan generar procesos de autoidentificación y reconocimiento";[167] b) "que la información sea brindada por equipos multidisciplinarios (médicos, psicólogos, trabajadores sociales, neuro-psicólogos) puede garantizar una mayor comprensión sobre el consentimiento y los deseos de las personas con discapacidad";[168] c) "es beneficioso contar con el apoyo de personas con discapacidad pares y un círculo de personas cercanas, pues son ellas quienes conocen los apoyos y ajustes que requiere la persona para comunicarse",[169] y d) "que las personas con discapacidad cuenten con un espacio de asesoría y/o consulta independiente de su acompañante, pues suelen encontrarse en un contexto de protección que puede dificultar que se les aborde directa e integralmente".[170]

---

164 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-182/16 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado), Sentencia T-573/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva) y Sentencia T-655/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

165 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-655/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

166 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-182/16 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

167 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-573/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

168 Ibíd.

169 Ibíd.

170 Ibíd.

La conclusión de la Corte es poderosa en la tarea de catalizar el reto futuro que se posa frente a la jurisprudencia constitucional:

> Existe un mandato que parte de la cláusula de igualdad constitucional que ordena la protección especial de las personas con discapacidad mental para que puedan ejercer todos los derechos en condiciones de igualdad. A su vez, el marco internacional vigente impone la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para reconocer la capacidad plena de las personas en situación de discapacidad para tomar sus propias decisiones y así ejercer sus derechos fundamentales, para lo cual se deben utilizar todas las herramientas bajo el modelo de apoyo de decisiones.[171]

Palabras finales

La Corte Constitucional ha sido central para avanzar y visibilizar los derechos de las personas con discapacidad en Colombia y tiene el reto de seguir siéndolo. Para ello tendrá que hacer un esfuerzo por apreciar la condición de discapacidad como una verdadera forma y manifestación de la diversidad humana y evitar caer en decisiones que, con la falsa motivación de proteger a un grupo débil, terminen segregándolos y perpetuando prácticas discriminatorias y contrarias a la Constitución y al bloque de constitucionalidad.

Dos retos centrales se desarrollaron en este texto: aquel referido a potenciar el derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad, que lleva a apreciar una situación de violación masiva de derechos y a catalizar una transformación del servicio público de la educación y de las prácticas didácticas y pedagógicas; el otro, referido a transformar la tradición jurídica y a reconocer y volver operativo el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a través de la provisión de apoyos.

Estos dos retos no agotan la labor que tendrá que enfrentar la Corte Constitucional. Retos referidos al trabajo, a la interacción de la protección laboral reforzada con la masiva exclusión productiva de las personas con discapacidad; a la masiva privación de la libertad de las personas con discapacidad más pobres, excluidas y vulnerables bajo medidas de protección en instituciones psiquiátricas o de personas con discapacidad intelectual; a la baja participación social y política, y a la rampante desprotección social de las personas con discapacidad en pensiones son otros, que no se abordaron en el texto, pero que son igualmente relevantes.

---

171 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-182/16 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

La importancia de la interacción entre los tratados internacionales y la protección constitucional para la garantía de los derechos de las personas en condición de discapacidad

CATHERINNE IVONNE PEDREROS PUENTES*

Introducción

Buenas tardes, señor presidente de la Corte Constitucional, señoras y señores magistrados, juezas y jueces, colegas, señoras y señores:

Es muy grato para mí ser parte del XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional y reflexionar en conjunto sobre los logros alcanzados y los desafíos futuros de la honorable Corte Constitucional y de la jurisdicción.

Quisiera compartirles un poco más sobre mí: soy abogada colombiana y trabajé con la Corte Constitucional, a la que considero la institución fundamental y clave en los avances de la protección de los derechos humanos en el país.

Trabajando en la Corte, fui testigo de decisiones que han proporcionado justicia a los millones personas internamente desplazadas en Colombia

* Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Negociación y Relaciones Internacionales y candidata a magíster en Derecho Internacional de los Conflictos Armados, de la Academia de Derecho Internacional Humanitario de Ginebra. Es oficial de derechos humanos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) y miembro de la Secretaría del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

como consecuencia del conflicto armado interno, del reconocimiento de las diversas formas de discriminación contra las mujeres y las niñas y de las decisiones que han protegido el derecho a la consulta y el consentimiento previos frente a las medidas de explotación de recursos naturales en territorios de pueblos indígenas y afrocolombianos. En sus decisiones, la Corte Constitucional ha observado y armonizado las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos con la normativa constitucional y las leyes colombianas.

Y ahora, como integrante del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en particular de la Secretaría del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,[1] observo la importancia de la interacción entre los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario y la protección constitucional.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante, CDPD— (Resolución 61/106 de la Asamblea General),[2] adoptada el 13 de diciembre de 2006, es uno de los tratados principales de derechos humanos y está cercano a la ratificación universal. Actualmente, 175 Estados han ratificado o accedido a la CDPD y 91 Estados han ratificado su protocolo facultativo. Por ende, el consenso internacional en torno a ella, a sus principios y a las responsabilidades que conlleva es amplio y sólido.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el órgano de las Naciones Unidas que vigila el cumplimiento de la CDPD y es uno de los "órganos de tratado" del sistema de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas. Desde su instalación, el Comité ha adelantado diálogos constructivos con más 60 delegaciones de Estados parte de la CDPD de todas las regiones, incluida, por supuesto, América Latina y el Caribe.[3] En los procesos de examen de informes periódicos,[4] participan directamente las autoridades públicas de los Estados, las instituciones

---

1 Véase United Nations, Human Rights Office of the High Commisioner, "Committee on the Rights of Persons with Disabilities", https://bit.ly/2JZyVI

2 Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 24 de enero de 2007, https://bit.ly/2OPqFh2

3 Véase las observaciones finales adoptadas por el Comité sobre el examen de informes periódicos de Estados parte en https://bit.ly/2fUo4lZ

4 Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, artículo 35.

nacionales de derechos humanos, los mecanismos nacionales de monitoreo de la Convención[5] y las personas con discapacidad y sus organizaciones representativas.

El Comité también ha evaluado casos individuales mediante el procedimiento de comunicaciones[6] y ha llevado a cabo procesos de investigación y visitas a países en casos de violaciones sistemáticas y/o graves de los derechos contenidos en la CDPD.[7] Asimismo, el Comité lleva a cabo la labor interpretativa de las obligaciones establecidas en la CDPD y en tal virtud ha adoptado cinco observaciones generales[8] sobre el contenido de los derechos de la Convención.

A continuación, quisiera compartir esta jurisprudencia y los criterios novedosos que el Comité ha utilizado en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Cambio de paradigma: el modelo de derechos humanos

La CDPD instaura el modelo de derechos humanos de la discapacidad, que reconoce a las personas con discapacidad como sujetos plenos de todos los derechos y enfatiza sus derechos a la igualdad y a la no discriminación por motivos de discapacidad. La CDPD está fundamentada en los principios de dignidad, autonomía y autodeterminación, así como en la igualdad entre mujeres y hombres con discapacidad, los cuales orientan la interpretación de la CDPD y las medidas para su cumplimiento.[9]

En varias ocasiones, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante, el Comité— se ha referido al enfoque de derechos humanos sobre la discapacidad y ha recomendado a los Estados parte revisar su legislación para adecuarla a él.[10]

El modelo de derechos humanos sobre la discapacidad reconoce explícitamente la situación de las mujeres y las niñas con discapacidad y las discriminaciones múltiples e interseccionales que enfrentan. Igualmente, reconoce los derechos específicos de los niños y las niñas con discapacidad

---

5 Artículo 33.2.

6 Ibíd., "Protocolo facultativo", artículo 1. Véase las decisiones y recomendaciones del Comité sobre comunicaciones en http://juris.ohchr.org/

7 Véase los informes de investigaciones por violaciones graves y/o sistemáticas de la Convención en https://bit.ly/2SFPAtz

8 Véase las observaciones generales en https://bit.ly/2c1JsEh

9 Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, artículo 3.

10 Véase Organización de las Naciones Unidas, *Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Septuagésimo periodo de sesiones, Suplemento n.º 55 (A/70/55), párrafo 16, https://bit.ly/2T0VWTy

y hace compatibles los derechos de aquellos con el principio del interés superior del niño.

El modelo de derechos humanos reconoce el concepto dinámico de la discapacidad, que es el resultado de la interacción entre una condición física o mental de largo plazo de las personas y las barreras que impiden la participación en condiciones de igualdad y su inclusión en la comunidad. Tales barreras pueden ser de carácter físico e igualmente originarse en actitudes y/o estereotipos sociales, tal como ha sido reconocido por el enfoque social de la discapacidad. En este sentido, el modelo de derechos humanos constituye un cambio de paradigma frente al modelo médico de la discapacidad, que enfatizaba el tratamiento médico y la rehabilitación de las personas con discapacidad.

Igualmente, si bien incluye dimensiones del enfoque social de la discapacidad, tales como el reconocimiento de las diversas formas de exclusión y desigualdad que enfrentan las personas con discapacidad, va más allá en la búsqueda del reconocimiento de la dignidad humana y de los derechos de las personas con discapacidad; por ejemplo, reivindica su igualdad como sujetos de derechos ante la ley y el ejercicio de dicha capacidad jurídica[11] y reconoce el derecho a vivir de forma independiente y a su plena inclusión en la comunidad.[12]

Expertos en la materia, como la profesora Theresia Degener, presidenta del Comité, se han referido de manera explícita al modelo de derechos humanos de la discapacidad.[13] En su reflexión comparada entre el modelo social y el modelo de derechos humanos, Degener explica cómo el enfoque de derechos humanos reconoce que una deficiencia física o mental genera un deterioro en la salud y la calidad de vida, y, sin embargo, tales impedimentos o deficiencias no justifican la privación o derogación de la dignidad y derechos de las personas con discapacidad. De la misma manera, la experta destaca que el modelo de derechos humanos reconoce diferentes identidades y a la pluralidad de las personas con discapacidad, por ejemplo, su identidad de género, su edad, su condición migratoria o social.

En su análisis, la profesora Degener también destaca que el modelo de derechos humanos, a diferencia del modelo social, posibilita el análisis sobre cuándo una política de prevención asociada a la discapacidad es compatible con los derechos humanos de las personas con discapacidad. De esta manera, explica que en el ámbito de la CDPD, las políticas de

---

11 Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, artículo 12.

12 Ibíd., artículo 19.

13 Theresia Degener, "Disability in a human rights context", *Laws* 5, n.º 3 (2016 35), https://bit.ly/2SFRYAx

prevención de la discapacidad están fuera de sus objetivos principales. Sin embargo, las medidas de salud pública dirigidas a prevenir condiciones secundarias que afecten la salud de las personas con discapacidad pueden ser compatibles con los derechos de las personas con discapacidad, si no son estigmatizantes. Tales medidas deben enmarcarse en el contexto de la promoción y la protección de la salud de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las otras personas. Ahora bien, en su opinión, medidas como los abortos eugenésicos o selectivos, orientados a prevenir el nacimiento de fetos sobre la base de una posible deficiencia o impedimento, así como el suicidio asistido con base en la discapacidad resultan contrarios a la CDPD y al modelo de derechos humanos. Sobre este particular, la experta recuerda cómo tales prácticas se observan como contrarias al valor de la vida con discapacidad, y resultan en políticas públicas de eliminación de las personas con discapacidad.

Las implicaciones del modelo de derechos humanos

Con el fin de propiciar la reflexión sobre los desafíos de la jurisdicción constitucional en relación con la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, quisiera presentar un conjunto de principios y artículos de la CDPD que describen el nuevo paradigma de derechos humanos de discapacidad. Las disposiciones de la CDPD que paso a analizar ofrecen un contenido novedoso sobre temáticas clave para reconocer plena y verdaderamente a las personas con discapacidad en sus derechos y dignidad.

Tales disposiciones son: el derecho a la igualdad y la no discriminación,[14] el igual reconocimiento como persona ante la ley,[15] el acceso a la justicia,[16] la libertad y seguridad de la persona,[17] la protección de la integridad personal,[18] el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad[19] y el derecho a la educación.[20]

A través de estos artículos, es importante reconocer las experiencias de todas las personas con discapacidad; por ejemplo, las de las mujeres y las niñas y los niños con discapacidad, y también las de las personas con discapacidad en situaciones de conflicto, así como las de las personas

---

14 Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, artículo 5.

15 Ibíd., artículo 12.

16 Ibíd., artículo 13.

17 Ibíd., artículo 14.

18 Ibíd., artículo 17.

19 Ibíd., artículo 19.

20 Ibíd., artículo 24.

con discapacidad que pertenecen a pueblos étnicos y minorías religiosas o lingüísticas.

Un nuevo concepto de igualdad inclusiva

En los procesos de discusión previos a la CDPD y en el ámbito del Comité ha sido reconocido que existen practicas institucionales que han llevado a la segregación y a la exclusión social de las personas con discapacidad. Muchas personas con discapacidad todavía se encuentran asociadas a formas de "trabajo protegido", que les permite acceder solamente a algunos oficios. Las niñas y los niños con discapacidad han sido separados de los sistemas educativos regulares y segregados en escuelas de educación especial.

A las personas con discapacidad también les ha sido negada su capacidad de desarrollarse como sujetos independientes y de vivir en la comunidad, así como de decidir en dónde y con quién vivir. Adicionalmente, han sido identificadas formas de discriminación múltiple e interseccional que afectan, por ejemplo, a las mujeres y a las niñas con discapacidad.[21]

La CDPD es un tratado que busca la igualdad y la vigencia de todos los derechos de las personas con discapacidad sin discriminación. Su vigencia ha permitido analizar, cuestionar y transformar las estructuras sociales, legales y políticas que provocaron la exclusión de las personas con discapacidad. Por ende, el enfoque de derechos humanos de la discapacidad avanza hacia un nuevo concepto de igualdad, que es la igualdad transformativa e inclusiva.

En este contexto, la protección del derecho a la igualdad y el combate contra la discriminación comprende tanto la igualdad formal —ante la ley— y la igualdad real o substantiva como la "igualdad inclusiva". La igualdad inclusiva es aquella que busca transformar las estructuras sociales excluyentes y discriminatorias con el propósito de asegurar la inclusión de todo ser humano en la sociedad en condiciones de igualdad, que comprende también a las personas con discapacidad. La meta de la transformación y el cambio social es entonces la inclusión.[22]

De esta manera, el nuevo modelo de derechos humanos llama a reformar estructuras arraigadas en la legislación, las políticas y la sociedad con la finalidad de restituir a las personas con discapacidad en el ejercicio pleno de sus derechos.

---

21 Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.º 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad (CRPD/C/GC/3), párrafo 2, https://bit.ly/2pUqsMT

22 Véase el Borrador de la Observación General n.º 6, sobre el artículo 5 de la Convención, párrafos 10 y 11. La versión en Español puede verse en http://bit.ly/2GHGS6D

Las obligaciones de la CDPD involucran a todos los órganos del Estado en el proceso de transformación, y en dicho esquema la función de la magistratura es crucial. Las decisiones de las y los jueces pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado frente a las obligaciones internacionales. Por ende, es importante que los jueces constitucionales puedan conocer la CDPD y ser parte de los cambios que demanda el modelo de derechos humanos.

La igualdad en el reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12)

La CDPD reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho a su personalidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas y dispone que se establezcan las salvaguardas adecuadas que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona (artículo 12). Sin embargo, en la actualidad diferentes legislaciones establecen el modelo de sustitución de la voluntad en la adopción de decisiones y proscriben la capacidad jurídica con base en deficiencias de carácter psicosocial o cognitivas. Los sistemas de interdicción judicial de la capacidad jurídica conocidos como la *tutela plena y/o parcial* y la *curatela*, por virtud de los cuales se priva a las personas con discapacidad del ejercicio de sus derechos en materia política, civil, financiera o familiar, continúan vigentes en muchos Estados.

No obstante, a la luz de la CDPD es necesario abandonar de manera definitiva y decidida el sistema de sustitución en la toma de decisiones y reemplazarlo por un sistema que reconozca a las personas con discapacidad su plena personalidad jurídica, la capacidad de ejercicio de sus derechos y establezca un sistema de apoyos para la toma de decisiones en armonía con los derechos humanos.

Sobre este cambio fundamental, el Comité ha recomendado a varios países de América Latina, como Argentina, Bolivia, Chile, Guatemala, México y Perú, derogar las disposiciones de los códigos civiles y otra legislación que mantiene la interdicción en el ejercicio de los derechos con base en la discapacidad, en tanto esta interdicción es incompatible con la CDPD.[23] De la misma forma, ha recomendado a los Estados parte crear, en consulta con las organizaciones de personas con discapacidad, sistemas de apoyo en la toma de decisiones que reafirmen la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad en todos los ámbitos. Adicionalmente, frente a tales sistemas de apoyo, las personas con discapacidad deben en

---

[23] Organización de las Naciones Unidas, *Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, *op. cit.*, párrafo 35.

pleno ejercicio de su autonomía estar habilitadas por la legislación para rechazar tales sistemas, cambiar el sistema de apoyo, darlo por terminado en cualquier tiempo o, simplemente, no requerirlo.[24]

El Comité se ha pronunciado sobre casos concretos en los que ha encontrado la conexidad entre la interdicción de derechos con base en una deficiencia y la violación en el ejercicio de otros derechos, tales como la participación en la vida política y pública (artículo 29). En el dictamen sobre la Comunicación n.º 4 de 2011,[25] el Comité analizó la situación de seis personas con discapacidad intelectual, quienes habían sido puestos bajo tutela parcial o total, lo cual los eliminó del registro electoral y del ejercicio de su derecho al voto en elecciones municipales y parlamentarias. En su dictamen aprobado en el 2013, el Comité expresó que el Estado de Hungría había incumplió sus obligaciones en relación con los artículos 5, 12 y 29 de la CDPD, "al privar a los autores de su derecho de voto sobre la base de una discapacidad intelectual percibida o real". Igualmente, el Comité recomendó al Estado "promulgar legislación que reconozca el derecho al voto de todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás".[26]

En la región de las Américas y el Caribe, el Comité de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Eliminación de la Discriminación de las Personas con Discapacidad (CEDDIS), que vigila la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, ha emitido su comentario general ajustando la interpretación de dicha Convención a los requerimientos del artículo 12 de la CDPD. Igualmente, algunos países de la región, como Argentina y Costa Rica, ya han reformado sus sistemas legales y están desarrollando programas piloto para asegurar la toma de decisiones con apoyos.[27]

¿Qué pueden hacer las autoridades judiciales mientras se lleva a cabo el cambio legislativo necesario?

En un sistema de control constitucional difuso, como el colombiano, las y los jueces constitucionales deberían suspender la aplicación de procesos de declaratoria de interdicción con base en la discapacidad. Esta

---

24 Sobre el alcance de los sistemas de apoyo en la toma de decisiones puede consultarse Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.º 1, 2014, artículo 12, Igual reconocimiento como persona ante la ley, https://bit.ly/2UZ8g4a

25 Comité sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, Comunicación n.º 4 de 2011, 16 de octubre de 2013, https://bit.ly/2Eib1rV

26 Ibíd., párrafo 10.

27 Información sobre avances en el desarrollo de sistemas de apoyo y elementos para diseñar sistemas compatibles con el artículo 12 pueden consultarse en Council of Europe, National University of Ireland (NUI) Galway y Centre for Disability Law and Policy, *A study on the Equal Recognition before the law: Contribution towards the Council of Europe Strategy on the Rights of Persons with Disabilities* (s. l.: Autor, 2017), https://bit.ly/2TWpQWj

medida requiere que ellos conozcan el contenido de la CDPD y puedan aplicarla eficazmente.

Igualmente, es de particular importancia que las autoridades judiciales permitan a las personas con discapacidad apelar las decisiones sobre interdicción relativa y/o absoluta y restablecer a las personas afectadas en su derecho a la personalidad jurídica y el ejercicio de su capacidad. Las autoridades judiciales, en conjunto con las organizaciones de personas con discapacidad y organismos del Ministerio Público deberían hacer públicas sus estadísticas sobre procesos y declaratorias de interdicción y adoptar una estrategia amplia hacia la restitución de la plena capacidad, así como ofrecer sistemas de apoyo en la toma de decisiones adecuados a la edad, el género y las diversas formas de comunicación que requieran las personas con discapacidad para expresar su voluntad y preferencias.

Acceso a la justicia (artículo 13)

Garantizar la igualdad de las personas con discapacidad en el acceso a la justicia es uno de los derechos reconocidos en la CDPD que requiere cambios y acciones decididas y que el sistema judicial cumpla un papel fundamental en dicha transición. El acceso a la justicia de las personas con discapacidad implica hacer *ajustes de procedimiento* que sean compatibles con la edad y el género de quienes participan en los procesos judiciales.

Con base en la jurisprudencia del Comité, los sistemas judiciales deberían:

i) Garantizar la posibilidad de demandar cualquier interferencia en el ejercicio de la capacidad legal.

ii) Garantizar el derecho a las personas con discapacidad a participar como jueces, magistrados, defensores y jurados.

iii) Garantizar de manera efectiva el derecho de las personas con discapacidad a ser oídos en todos los procesos judiciales.

iv) Capacitar a los funcionarios judiciales, la Policía y, en general, los operadores judiciales sobre los derechos de las personas con discapacidad.

v) Facilitar la participación de las personas con discapacidad como testigos, con medidas de accesibilidad y ajustes de procedimiento.

vi) Ofrecer servicios de interpretación en lengua de señas y otras formas de comunicación accesible durante los procedimientos judiciales.

El enfoque de derechos humanos de la discapacidad en el sistema jurídico penal y penitenciario constituye un desafío para la administración de justicia y el sistema penitenciario y la Policía.

Libertad y seguridad de la persona (artículo 14)

Las personas con discapacidad tienen derecho, en igualdad de condiciones con las demás, a disfrutar del derecho a la libertad y a la seguridad de la persona.[28] Dicha disposición contiene un elemento específico y novedoso: que la "existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de libertad".[29]

Bajo este postulado, la CDPD requiere cambios con respecto al esquema histórico de privación de la libertad de las personas con discapacidad en hospitales psiquiátricos u otras instituciones, sobre la base de una deficiencia real o percibida, y apoyados en evaluaciones de la "condición mental" que responden a criterios funcionales y médicos. La CDPD reafirma y subraya el reconocimiento del derecho a la libertad personal de todas las personas con discapacidad y a no ser privado de la libertad de manera arbitraria.

El Comité ha reiterado en su jurisprudencia que

> la práctica de negar la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y privarlas de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones, constituye una privación arbitraria de libertad y vulnera los artículos 12 (igual reconocimiento ante la ley) y 14 (derecho a la libertad y la seguridad) de la Convención.[30]

En armonía con las directrices sobre el artículo 14 de la CDPD adoptadas durante la decimocuarta sesión del Comité,[31] se considera que las legislaciones de salud mental que prevén la privación de libertad, con base en un impedimento o deficiencia real o percibida y bajo el supuesto de la peligrosidad contra la persona o la sociedad, constituyen una privación arbitraria de la libertad.

Considerando este desarrollo, las solicitudes de internamiento involuntario de personas con discapacidad sobre la base de una deficiencia, incluidas mediante una solicitud de terceros, deberían ser abolidas. Asimismo, los Estados deberían asegurar en todos los casos el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad de manera previa a cualquier intervención o tratamiento médico o quirúrgico.

---

28 Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, artículo 14, inciso 1.

29 Ibíd., artículo 14, inciso 1b.

30 Organización de las Naciones Unidas, *Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, *op. cit.*, párrafo 35.

31 Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The right to liberty and security of persons with disabilities. Adopted during the Committee's 14th session, held in September 2015*.

Protección de la integridad personal (artículo 17)

La CDPD reafirma el derecho de las personas con discapacidad a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás (artículo 17).

La protección de la integridad personal implica proscribir la práctica de intervenciones y/o tratamientos médicos y quirúrgicos en personas con discapacidad, en ausencia de su consentimiento o sobre la base de la solicitud de un tercero. En este contexto, la normativa internacional es fundamental para la protección de las mujeres y las niñas con discapacidad, quienes son desproporcionadamente sujetos de esterilizaciones en ausencia de su consentimiento y conocimiento, con fines tales como la eugenesia, la higiene menstrual o la prevención de embarazo, tal como ha sido reconocido por la experta independiente de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, Catalina Devandas, en su informe presentado recientemente ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2017.[32]

Con base en el modelo de derechos humanos sobre la discapacidad, los tratamientos quirúrgicos, tales como la esterilización o el cambio de sexo, en ausencia del consentimiento de las personas concernidas o mediante el consentimiento sustituto de un tercero o de autorización judicial son violatorias de la integridad personal. Asimismo, la imposición de tratamientos médicos o dispositivos tecnológicos —por ejemplo, sobre personas mayores con discapacidad—[33] en ausencia de su consentimiento constituye una violación del derecho a la integridad personal.

La protección de la integridad personal conlleva la obligación de prevenir e igualmente de resarcir a las personas que han enfrentado ataques contra su integridad. En 2017, el Comité se pronunció sobre la violación de los derechos a la igualdad y a la integridad personal de una persona con albinismo que había sido objeto de un ataque físico —su brazo izquierdo había sido amputado por personas desconocidas, mientras se encontraba en una de sus jornadas de trabajo como recolector de madera—. Hasta la presentación de la comunicación individual ante el Comité, los hechos no habían sido objeto de investigación penal en el Estado y el peticionario no había sido objeto de reparación o resarcimiento alguno del daño.

---

[32] Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (A/72/133), "La salud y los derechos en materia sexual y reproductiva de las niñas y las jóvenes con discapacidad", presentado de conformidad con la resolución 35/6 del Consejo de Derechos Humanos, http://bit.ly/2Zz0LEf

[33] Consejo de Derechos Humanos, Informe de la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad (A/HRC/36/48), 21 de julio de 2017, párrafos 25-39, http://bit.ly/2W8kKHQ

En su dictamen n.º 22 de 2014,[34] el Comité concluyó que el Estado de Tanzania había incumplido sus obligaciones frente al derecho a la igualdad y no discriminación del peticionario,[35] en tanto aquel fue víctima de un crimen violento que responde a una práctica que afecta exclusivamente a las personas con discapacidad, arraigada en las prácticas culturales y de manera general aceptada. Adicionalmente, el Comité observó la falta de actuación en la causa criminal, lo cual contribuyó a la impunidad de los hechos alegados. Asimismo, el Comité estimó que el ataque sufrido, en tanto causó daños físicos y psicológicos, representó una violación del artículo 17 de la CDPD. El Comité recomendó al Estado parte reparar y compensar al peticionario y reconocer el apoyo necesario para vivir de manera independiente, e investigar los hechos y sancionar a los perpetradores. Igualmente, le recomendó desarrollar una campaña de larga duración basada en el modelo de derechos humanos de la discapacidad, con el fin de combatir prácticas nocivas y mitos que afectan a las personas con albinismo.

En este ámbito, las y los jueces cumplen una función fundamental, por ejemplo, en identificar los estereotipos y las prácticas sociales que niegan la igualdad a las personas con discapacidad y afectan su integridad personal. Igualmente, es necesario que se ofrezca a las personas con discapacidad mecanismos para prevenir las prácticas nocivas contra su integridad, así como para reparar los daños y compensar a las personas afectadas.

Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19)

La CDPD reconoce expresamente el derecho de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de los demás y de manera independiente, y las obligaciones de los Estados parte para facilitar la plena inclusión y participación en la comunidad.[36] Las expresiones *opciones iguales*, *vida independiente* y *plena inclusión* son tres componentes clave para comprender el alcance de este derecho.

El modelo de derechos humanos de la CDPD busca restituir a las personas con discapacidad en su libertad de elegir su lugar de residencia y, asimismo, facilitar que recuperen el control sobre su forma de vida, en respuesta a las prácticas que históricamente les han impuesto formas de vida en abandono, dependencia de terceros, internamiento en hogares o

---

[34] Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Communication n.º 22/2014, 31 de agosto de 2017, https://bit.ly/2Gtm8jW

[35] Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, artículo 5.

[36] Ibíd., artículo 19.

residencias, aislamiento y, en general, la separación de la vida en la comunidad y con sus pares, sobre la base de la discapacidad.

Recientemente, el Comité, a través de su Observación General n.° 5 de 2017,[37] sobre el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad, definió el término *vida independiente* sobre la base del derecho a la elección y el control sobre todos los aspectos de la vida y a adoptar decisiones sobre la propia vida de manera autónoma y con autodeterminación. Tales decisiones están en el desarrollo de la identidad y la personalidad, y comprenden aspectos tales como dónde vivir, con quién, la alimentación, los horarios de descanso o las preferencias de actividades de esparcimiento.[38] En dicha Observación, el Comité también explicó que los "arreglos y/o condiciones para la vida independiente" se refieren a la vida fuera de una institución o internado de cualquier categoría y de manera autónoma en ausencia de ciertas condiciones provenientes de terceras partes. En este sentido, las residencias que albergan grupos numerosos o no tan numerosos de personas, que imponen una disciplina y una forma de vida fuera de la comunidad, no son compatibles con el derecho de las personas con discapacidad previsto en el artículo 19 de la Convención.

Adicionalmente, el Comité ha explicado que este derecho implica la obligación de restablecer la capacidad legal de las personas con discapacidad para tomar decisiones, incluso con respecto a dónde vivir, con quién vivir y de qué manera y a no ser aislados o excluidos de la vida en comunidad.

El Comité ha recomendado a los Estados parte de la Convención reconocer como derecho subjetivo en sus legislaciones el derecho a la vida independiente, a adoptar medidas para desinstitucionalizar a las personas con discapacidad que se encuentran en lugares de internamiento y a ofrecer servicios accesibles en la comunidad. Tales servicios incluyen áreas como la educación, la salud y el trabajo, así como el desarrollo de sistemas de apoyo para compensar los gastos asociados a la discapacidad.

Adicionalmente, tanto el Comité, en su primer informe bajo el procedimiento de investigaciones de violaciones graves y/o sistemáticas de derechos de las personas con discapacidad, adoptado en 2016,[39] como la relatora independiente sobre los derechos de las personas con discapacidad[40] han enfatizado que el sistema de protección social es clave en la

---

37 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.º 5, Derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad, http://bit.ly/2Vp31yF

38 Véase ibíd., párrafo 16.

39 Inquiry concerning the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland carried out by the Committee under article 6 of the Optional Protocol to the Convention, Report of the Committee (CRPD/C/15/R.2/Rev.1), http://bit.ly/2vo2iyY

40 Naciones Unidas, Informe de la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad (A/70/297). Informe a la Asamblea General de conformidad con la resolución 26/20

realización del derecho a vivir de forma independiente y han recomendado a los gobiernos desarrollar y mantener sistemas de protección social y sistemas de apoyo financiero y asistencia personal para permitir la inclusión plena en la comunidad de manera independiente.

El criterio de accesibilidad, reconocido como un aspecto clave en la protección de la igualdad de las personas con discapacidad, constituye uno de los tres pilares fundamentales para la realización del artículo 19. En particular, el modelo de derechos humanos requiere que las instalaciones y servicios de la comunidad sean accesibles. En este contexto, las políticas públicas e iniciativas privadas en el desarrollo de vivienda son una oportunidad para aplicar criterios de desarrollo universal y de accesibilidad que permitan a las personas con discapacidad habitar en el lugar de su preferencia. En el ámbito de las empresas de servicios, públicas y privadas, la accesibilidad que menciona el artículo 19 es esencial, por ejemplo, para facilitar la vida en comunidad de las personas con discapacidad mediante el acceso a lugares culturales, a los bancos, a los centros comerciales y por supuesto a servicios clave, como la educación.

Educación (artículo 24)

El derecho de las personas con discapacidad a la educación y el desarrollo de un sistema de educación inclusivo en todos los niveles es fundamental en el nuevo paradigma de derechos humanos de la discapacidad. En efecto, esta disposición del tratado cuestiona los modelos tradicionales de educación especial y segregada y demanda el cambio hacia un sistema de educación inclusiva.

Este cambio de paradigma implica el desarrollo de sistemas y ambientes educativos inclusivos, donde los profesores, el personal en las escuelas, las metodologías educativas y las herramientas de educación respondan a la igualdad en el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad y al reconocimiento de sus potenciales, al igual que las demás personas.

El llamado de los organismos internacionales en relación con el derecho a la educación inclusiva incluye la lucha contra los prejuicios sociales que mantienen a las niñas y los niños con discapacidad separados de sus compañeros de la misma edad y les niegan su derecho al desarrollo mediante la educación, e igualmente contra la ausencia de espacios educativos accesibles e incluyentes para las personas con discapacidad. En su Observación General n.° 4 de 2016, sobre educación inclusiva, el Comité

---

del Consejo de Derechos Humanos, 7 de agosto de 2015, https://bit.ly/2ttT7fA. El informe se centra en el derecho de las personas con discapacidad a la protección social.

explicó en detalle los componentes de la obligación de educación inclusiva, precisó el concepto de no discriminación y ordenó a los Estados parte

> la no discriminación en todos los aspectos de la educación y abarcar todos los motivos de discriminación prohibidos internacionalmente. Los Estados partes deben garantizar que las personas con discapacidad no queden excluidas de la educación y eliminar las desventajas estructurales para lograr la participación efectiva y la igualdad de todas las personas con discapacidad. Deben adoptar medidas urgentes para eliminar todas las formas de discriminación jurídica, administrativa y de otra índole que obstaculicen el derecho de acceso a la educación inclusiva. La adopción de medidas de acción afirmativa no constituye una violación del derecho a la no discriminación en lo que se refiere a la educación, siempre y cuando esas medidas no conlleven el mantenimiento de normas no equitativas o de separación para los diferentes grupos.[41]

Las y los jueces en este campo pueden contribuir a identificar y reconocer cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad en el acceso a la educación, incluidas, por ejemplo, las decisiones administrativas que niegan el reconocimiento de ajustes razonables a las niñas y los niños con discapacidad, necesarios para participar adecuadamente en el ambiente educativo.

Conclusión

El reconocimiento de situaciones de exclusión histórica de las personas con discapacidad y de su plena entidad como sujetos de derechos debe encontrar una respuesta social activa y constructiva.

El contexto de los veinticinco años de la jurisdicción constitucional y de sus reflexiones sobre los impactos de la jurisprudencia de la Corte es un espacio único para reflexionar sobre los retos pendientes en la protección real de la diversidad humana, incluidas las personas con discapacidad.

La Corte Constitucional y las y los jueces constitucionales están en capacidad de dar plena vigencia al modelo de derechos humanos de la discapacidad a través de sus decisiones y de continuar profundizando el contenido de los derechos de las personas con discapacidad en la realidad del país.

En tanto autoridades públicas del Estado, las juezas y los jueces constitucionales deberían:

---

[41] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.° 4 (2016), sobre el derecho a la educación inclusiva, 25 de noviembre de 2016, párrafo 41a, https://bit.ly/2oLGfPE

i) Contribuir en el cambio de paradigma sobre la discapacidad, y permitirlo y promoverlo mediante sus actuaciones.

ii) Facilitar a las personas con discapacidad su derecho a ser oídas en todos los procesos y trámites judiciales y administrativos.

iii) Desarrollar información accesible de los sitios web de la rama judicial, teniendo en cuenta los criterios de desarrollo universal.

iv) Aceptar y establecer protocolos para reconocer diversos sistemas de comunicación, incluidos sistemas de escritura y lectura fácil y de comunicación aumentativa.

v) La Relatoría de la Corte puede desarrollar un papel preponderante en hacer accesible la información judicial y las compilaciones y análisis jurisprudenciales a las personas con discapacidad.

vi) La Secretaría General de la Corte y las secretarías de los juzgados pueden desarrollar protocolos para brindar accesibilidad, facilitar el servicio de intérpretes y desarrollar audiencias y trámites con enfoque de género y que tengan en cuenta la edad de los sujetos procesales.

vii) Buscar la cooperación con las organizaciones de las personas con discapacidad para desarrollar medidas eficaces de participación de las personas con discapacidad en los procesos judiciales.

viii) Asegurar que la formación judicial y de operadores de la rama judicial incluya aspectos sustantivos y prácticos sobre el modelo de derechos humanos de la discapacidad, en particular sobre la Convención.

ix) Utilizar sistemas estadísticos de gestión judicial que incluyan criterios e indicadores sobre acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

La experiencia de los órganos internacionales de derechos humanos, tales como el Consejo de Derechos Humanos y el Comité, en facilitar la accesibilidad y cooperar con organizaciones de personas con discapacidad para su logro es un referente a considerar.

Muchas gracias.

MEDIO AMBIENTE

Medio ambiente y desarrollo económico: valores complementarios para un país próspero

ASTRID PUENTES RIAÑO*

El acalorado debate entre la protección ambiental y el desarrollo económico en Colombia se ha incrementado en los últimos años. Decisiones esenciales como desarrollar o no minería en páramos, nuevas hidroeléctricas, incrementar la producción y uso de carbón para uso doméstico y para exportación, la producción de palma para combustibles, y la explotación de gas y petróleo mediante fractura hidráulica o *fracking* han enfrentado grupos a favor y en contra. Incluso oponerse o criticar algunas de estas actividades puede ser considerado antipatriótico o extremista.

Desafortunadamente las discusiones han ido más allá de los debates, pues personas que defendían su territorio o que se oponían a algunas de estas actividades han sido amenazadas, atacadas o asesinadas. Actualmente, Colombia es uno de los países más peligrosos para quienes defienden derechos humanos a nivel mundial. En 2017 la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU reportó el asesinato de 105 personas defensoras;[1] una gran parte de estos ataques se relacionan con

* Abogada de la Universidad de los Andes, de Bogotá, con maestrías en Derecho Comparado de la Universidad de Florida y en Derecho Ambiental de la Universidad del País Vasco. Es codirectora ejecutiva de la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente. Tiene amplia experiencia en litigio de interés público, particularmente en protección ambiental y derechos humanos a nivel regional. Es parte de la Junta Directiva de EarthRights International, del comité internacional de International Rivers y del comité asesor internacional de la Free, Global Green Alliance, basada en Holanda.

[1] Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "ONU Derechos Humanos expresa preocupación por homicidios, estigmatización y

la protección ambiental. Esta situación obliga aún más a tratar el tema con urgencia, para encontrar soluciones pacíficas, que puedan contribuir a acercar posiciones, para alcanzar mejores decisiones para el presente y el futuro del país y de su gente.

La discusión va más allá de un debate teórico-jurídico, el ambiente importa por encima de los lindos pasajes, el sonido del agua y la hermosura de los animales. Proteger el ambiente es un tema de sobrevivencia, literalmente, tan importante como respirar. Determina la protección, calidad y condición de vida de toda persona, sin importar en dónde vivamos; la calidad del aire, del agua y de todo el entorno es esencial para la vida humana.

El ambiente es además un elemento esencial que define nuestra sociedad y nuestro país, que determina definitivamente nuestra cultura y economía. Por ello está reconocido como obligación y deber constitucional desde 1991. Así que la calidad del ambiente debería ser un tema de primer orden de preocupación, incluso cuando hablamos de economía.

Ante la discusión aparentemente excluyente de si proteger el ambiente o priorizar el desarrollo económico, considero que el primero es una condición *sine qua non* del segundo. En lugar de ser contradictorios, pues la protección del ambiente determina un verdadero desarrollo económico en cualquier país, son valores complementarios. Esto es particularmente cierto en Colombia, uno de los pocos países megadiversos del planeta. En este país ignorar el ambiente sería como matar a la gallina de los huevos de oro. Por ello, haré referencia a algunos índices económicos que evidencian su complementariedad con el ambiente.

Proteger los recursos naturales y el entorno es particularmente relevante considerando la realidad del cambio climático, que ya está impactando el disfrute de todos los derechos humanos, especialmente de las comunidades en mayor situación de vulnerabilidad.[2] Los impactos del cambio climático son de tal grado que representan un riesgo para la economía y hasta para la seguridad nacional.[3] Desafortunadamente estos impactos ya están afectando a Colombia, que, por ejemplo, en 2016 vivió una intensa sequía, que causó pérdidas de cultivos y casi racionamiento de energía, y

---

hostigamientos a defensores y defensoras de derechos humanos en Colombia", comunicado de prensa, 20 de diciembre de 2017, https://bit.ly/2GEmPr1

2 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos*, 15 de enero de 2009, http://bit.ly/2UHEmRl

3 Adelphi, International Alert, Woodrow Wilson International Center for Scholars y Euopean Union Institute for Security Studies, *A new Climate for Peace (Nuevo clima para la paz)* (2015), https://bit.ly/1L5DUVp

que a comienzos de 2017 vivió intensas inundaciones, que afectaron a la ciudad de Mocoa, entre otras.

La realidad del cambio climático requiere la implementación de cambios, algunos estructurales, que no se han consolidado en la forma y el tiempo requeridos. En algunos casos los gobiernos y los sectores mayormente responsables del cambio climático niegan su existencia, o la implementación de las medidas necesarias o su acción ha sido demasiado lenta. Ello ha exigido que personas, organizaciones y hasta entidades gubernamentales hayan recurrido a la intervención del poder judicial para alcanzar las medidas con la urgencia necesaria, buscando que las cortes interpreten el derecho de forma que alcance verdaderamente la protección del interés público y del interés nacional, así como de los derechos fundamentales de personas y colectivos.

A nivel mundial las acciones judiciales contra empresas y gobiernos en relación con el cambio climático van en aumento, y dado su impacto en todos los ámbitos, incluido el económico y el jurídico, considero esencial conocerlo y darle seguimiento. Especialmente por ser un tema central en la discusión, aparentemente excluyente, entre ambiente o desarrollo económico. A partir del análisis de estas sentencias y de otras que han ido apareciendo, es evidente el desarrollo del derecho hacia la búsqueda de un balance de desarrollo y orden social que no sacrifique la raza humana a futuro.

Para ello en este escrito haré referencia a cuatro decisiones judiciales pioneras que evidencian el papel de las cortes en el tema. Las sentencias de Colombia, Holanda, Nueva Zelanda y Pakistán ejemplarizan la tendencia mundial interpretativa que reconoce el cambio climático y la afectación a los seres humanos, así como las obligaciones de diferentes actores en la implementación de acciones efectivas para abordarlo. En esta redefinición social, las cortes pueden ayudar a proteger el ambiente, que es un bien de interés público, así como garantizar los derechos fundamentales consagrados en las constituciones y tratados internacionales, para evitar que se queden en papel.

Importancia del ambiente en la economía nacional

En el debate de ambiente contra economía algunos argumentan que proteger sacrifica el desarrollo y, por ende, el progreso. Sin embargo, la evidencia muestra que los países con más altos niveles de desarrollo en la actualidad han hecho o están en camino de hacer ajustes necesarios para asegurar que el ambiente también esté protegido. Un elemento fundamental ha sido aprender que ignorar el ambiente para crecer económicamente, en últimas, amenaza una economía sana.

Por ende, se han creado políticas y marcos legales que definen las reglas a aplicar para asegurar que el crecimiento no sacrifique el futuro. Esto hace parte de la tendencia del desarrollo sostenible, que ha sido retomada por la Corte Constitucional y cuyo análisis sobrepasa este escrito. En este, deseo más bien compartir tres elementos que evidencian que el ambiente y el verdadero desarrollo son complementarios: indicadores económicos y de desarrollo humano, el costo económico de la contaminación, y el crecimiento económico con negocios que protegen el ambiente.

La evidencia demuestra que las economías fuertes incorporan también la perspectiva ambiental, concretamente las diez economías más grandes del planeta: Estados Unidos, China, Japón, Alemania, Reino Unido, Francia, India, Italia, Brasil y Canadá.[4] Si bien varios de estos países son también altos contaminadores,[5] también es cierto que en cada uno ha habido avances importantes y desde hace tiempo consideran a la protección ambiental como un elemento fundamental. Esto incluye la implementación de medidas apropiadas, como la planeación integrada de recursos y las evaluaciones de impactos ambientales, sociales y de derechos humanos de los proyectos.

En regiones de Estados Unidos, Brasil, Reino Unido y Canadá y en la totalidad de Francia y Alemania existen prohibiciones o moratorias contra la implementación de *fracking*, dados los impactos ambientales y de salud pública.[6] Y cuatro de estos diez países suscribieron a finales del año pasado la declaración de finalización de la era del carbón,[7] como parte del cumplimiento del Acuerdo de París, suscrito en diciembre de 2015. Es decir que se promueven actividades económicas, inclusive extractivas, pero con ciertos límites necesarios; incluso estos países están abandonando un elemento esencial como el carbón, ante la evidencia de sus impactos.

China, que mantuvo un desarrollo con una muy alta destrucción ambiental, esta revaluando dicha posición, por la evidencia de los altos costos que esto implica, comprometiendo incluso su mismo desarrollo.[8] Además, China y todos los países mencionados están también considerando cómo disminuir, por ejemplo, las emisiones del cambio climático y desvincular sus economías de combustibles fósiles.

---

4 World Economic Forum, "The world's 10 biggest economies in 2017", https://bit.ly/2mPtEJw

5 Sustainability for All, "Top 5 most polluting countries", https://bit.ly/2HEU1dQ

6 Ariel Pérez, Astrid Puentes, Haydée Rodríguez y Héctor Herrera, *Principio de precaución: herramienta jurídica ante los impactos del* fracking (Ciudad de México: AIDA y Fundación Boell, 2016), 39 y ss., https://bit.ly/2NzQHYw. Véase también "France bans fracking and oil extraction in all of its territories", *The Guardian*, 20 de diciembre de 2017, https://bit.ly/2Deq5Ef

7 Powering Past Coal Alliance (Alianza de Energía Más Allá del Carbón), declaración, 16 de noviembre de 2017, https://bit.ly/2LgEFiP

8 Banco Mundial, *Cost of pollution in China* (Washington: Autor, 2007), https://bit.ly/2oXI6ix

Desde el punto del desarrollo humano, los países con mayores índices tienen también mayor protección ambiental. La Organización de Naciones Unidas desarrolló índices de desarrollo humano, que incluyen indicadores económicos, calidad de vida, salud pública y otros, para determinar el nivel de vida de cada país. Los diez países con mayores índices de desarrollo humano son Noruega, Australia, Suiza, Alemania, Dinamarca, Singapur y Holanda;[9] cada uno de ellos ha alcanzado este nivel gracias también a la protección ambiental. Colombia está en el lugar 95, de 188 países incluidos en la medición, con amplio espacio de mejora.

En el debate sobre ambiente y contaminación es esencial hacer bien las cuentas. Por ende, es importante saber cuánto nos cuesta la contaminación. El Banco Mundial, en un estudio de 2016, concluyó que la contaminación del aire es la cuarta causa de muertes prematuras en el mundo. De acuerdo con dicha institución, en 2013 la contaminación del aire costó 8 millones de vidas y 225 000 millones de dólares en ingresos laborales, derivados de la necesidad de atención de salud pública y de la pérdida a causa de que las personas que se enferman o mueren dejan de producir. Esto equivale al 80 % del Producto Interno Bruto (PIB) de Colombia en 2016.

Colombia tampoco está excluida de esta situación. Como es de público conocimiento, Bogotá y Medellín son las ciudades más contaminadas en el país, aunque no las únicas. De acuerdo con el Departamento Nacional de Planeación, la contaminación del aire le cuesta a Colombia 2,6 % del PIB.[10] Esto, para 2016, significó $20,7 billones. Por ende, proteger el ambiente es importante por el país, nos ayuda la economía, pero también hay evidencia de que si no lo protegemos, será un gasto importante que tendrá impacto en el desarrollo.

Hablemos de otro elemento que es esencial para Colombia: la energía. El 70 % de la energía depende de hidroeléctricas. Esto quiere decir que el país necesita los páramos, los nevados y las cuencas hidrográficas sanas y saludables, para que produzcan agua y tener energía.

Esto también implica que, en un mundo de cambio climático, en el que cada vez tenemos mayores sequías o inundaciones, el nivel de riesgo energético en Colombia se eleva, al depender cada vez más de hidroenergía. Por ende, necesitamos considerar los impactos ambientales integralmente, buscar alternativas y encontrar otras fuentes de energía cuando hablamos de ese desarrollo económico y de avanzar a futuro.

---

9 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano 2016. Desarrollo humano para todas las personas* (Washington: Autor, 2016), https://bit.ly/2rsm8Zc

10 "Atención de males por calidad del aire cuesta $1,6 billones al año", *El Tiempo*, 8 de mayo de 2017, citando información del Departamento Nacional de Planeación, https://bit.ly/2Oi4rV3

Además, la protección del ambiente es *buen negocio*. De acuerdo con Inrena, en el 2016 el sector de energía renovable creció en un 1% en relación con la cantidad de personas empleadas. China, Brasil, Estados Unidos, India, Japón y Alemania fueron los países que mayores aumentos de empleo tuvieron en esta área. En Estados Unidos, por ejemplo, la industria solar empleó en 2016 más del doble de las personas que la industria del carbón, mientras que la energía eólica y la bioenergía, que son otras energías alternativas, emplearon casi la misma cantidad de personas.[11]

El cambio climático y el papel de las cortes para promover acciones efectivas

El papel fundamental del poder judicial en un Estado de derecho es velar por el cumplimiento de las normas y la protección de los derechos humanos, considerando el interés público. Proteger el ambiente ha sido reconocido como un valor esencial a nivel mundial y en Colombia se considera de interés público.[12] De hecho, el derecho al ambiente sano está constitucionalmente reconocido en más de 170 países, incluyendo la mayoría de América Latina, como Colombia, y está consagrado también en instrumentos internacionales, como el Protocolo de San Salvador de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por ende, las cortes deben velar por su protección y asegurar que hay un balance de poderes entre las ramas del Estado. De esta manera, ante el análisis de controversias que tengan que ver con actividades que afecten el ambiente, los jueces y las juezas deben considerar el impacto al interés público que una decisión podría tener. Ante la realidad más reciente del cambio climático, las cortes están comenzando a recibir controversias que discuten las obligaciones del Estado y de particulares, en las cuales la consideración particular del interés público es fundamental.

A continuación, se hará referencia a cuatro de los primeros casos a nivel mundial que han comenzado a definir y llenar de contenido las obligaciones de los Estados con respecto al cambio climático, las cuales se relacionan tanto con análisis de actividades o proyectos que puedan causar impactos al ambiente y aumentar el cambio climático como con planes y políticas que abordan el tema.

---

11 Nadja Popovich, "Today's energy jobs are in solar, not coal", *New York Times*, 25 de abril de 2017, https://nyti.ms/2Xd7Hpp. Véase también Departamento de Energía de Estados Unidos, *U. S. energy and employment report*, *january 2017*, https://bit.ly/2kjZEHl

12 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, 6 de julio de 1991, artículos 79 y 88.

Protección especial de ecosistemas claves para el cambio climático: Colombia

Hace casi dos años, en febrero de 2016, la Corte Constitucional dictó una sentencia histórica: la C-035 de 2016, en la cual, como afirmaron la magistrada María Victoria Calle y el magistrado Jorge Iván Palacio en su salvamento y aclaración de voto, "el ordenamiento constitucional toma cuenta, de forma decisiva, de la necesidad de adecuar las actuaciones y decisiones estatales a la impostergable preservación de los ecosistemas clave para mitigar el cambio climático".[13]

En efecto, en dicha decisión, entre otros temas, la Corte Constitucional por primera vez reconoció la importancia de un ecosistema, el páramo, para la mitigación del cambio climático, como parte de los servicios ambientales que presta. En relación con esto, concluyó que "el Estado tiene a su cargo la obligación de brindar una protección *más amplia y especial*, dirigida específicamente a preservar este tipo de ecosistema".[14] Esta obligación se fundamenta también en su vulnerabilidad al cambio climático y su función fundamental de ser secuestrador de carbono, tarea vital para evitar mayores emisiones de cambio climático a la atmósfera.

En consecuencia, actividades como la minería están prohibidas en los páramos, dado el gran impacto que podrían tener. De esta manera la Corte cumple con la función de analizar el costo-beneficio de una actividad y proteger el interés público, con una visión de largo plazo, decidiendo por la conservación de un ecosistema que el país necesita por diversas razones.

Gobierno debe reducir emisiones a niveles efectivos: Holanda

En Holanda, la organización Urgenda y 900 ciudadanas y ciudadanos hicieron historia "mediante la primera acción en la que personas del común hacen a su Gobierno responsable por tomar medidas insuficientes para protegerlos de cambio climático".[15] El argumento fundamental de estas personas fue que las políticas estatales eran poco ambiciosas y no protegían adecuadamente sus derechos.

En una decisión histórica, una corte de distrito de La Haya resolvió, en 2015, ordenar al Gobierno holandés "reducir el volumen colectivo de las emisiones anuales holandesas de gases con efecto invernadero, o hacer que se reduzcan, de manera que para el final de 2020 este volumen se

---

13 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-035/16 (M. P. Gloria Stella Ortiz).

14 Ibíd., párrafo 160.

15 Una descripción del litigio sobre cambio climático puede verse en Fundación Urgenda, The Urgenda Climate Case against the Dutch Government, https://bit.ly/2LC38j7

reduzca en al menos 25 % comparado con los niveles de 1990".[16] Esta es la primera vez a nivel mundial que una corte exige al Gobierno disminuir las emisiones de cambio climático.

La Corte hizo referencia a la Constitución holandesa, así como a tratados de la Unión Europea y a otros internacionales para fundamentar la decisión. Si bien el Gobierno la apeló, y la audiencia tendrá lugar en mayo de 2018, el impacto en la política nacional fue inmenso. A raíz de la decisión, el Gobierno, e incluso varias compañías, comenzaron a revisar las opciones para reducir emisiones, considerando la necesidad de cumplir con la decisión judicial en caso de que se confirme durante el presente año.

Gobierno debe reducir y revisar emisiones de cambio climático: Nueva Zelanda

Las cortes de Nueva Zelanda han debatido asuntos de cambio climático por más de una década, incluyendo casos como la consideración de las emisiones al cambio climático provenientes de una termoeléctrica a gas, los impactos a los derechos del pueblo maorí y si los límites establecidos por el Gobierno para la disminución de emisiones fueron adecuados.[17] Este último fue decidido el año pasado, y lo abordaré brevemente, por su relevancia para todos los países, incluyendo a Colombia.

En 2015, Sara Thompson, una estudiante de Derecho, demandó al ministro de Cambio Climático por inadecuada determinación de las metas de reducción de emisiones exigidas por ley desde 2002. De acuerdo con la demanda, las metas de reducción eran muy poco ambiciosas y no habían sido actualizadas considerando la nueva evidencia científica del informe del Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) de 2014. La Corte, en una decisión sin precedentes en ese país, reconoció que el cambio climático debería estar bajo su revisión, dado que no es solo un asunto de política pública nacional, sino que se relaciona con las obligaciones estatales y el bienestar de las personas, afirmando además que "las cortes han reconocido la importancia de este asunto para el planeta y sus habitantes y que quienes están bajo la jurisdicción de la corte están necesariamente entre quienes serán afectados por los esfuerzos inadecuados para responder al cambio climático".[18]

Dado que la sentencia se produjo justo después de la elección del nuevo Gobierno, que prometió mayor reducción de emisiones, la Corte

---

16 La trascripción de la decisión se encuentra en ibíd.

17 Para acceder a estas y otras acciones legales de cambio climático a nivel global, se puede consular Sabin Center for Climate Change Law, Climate Change Litigation Databases, https://bit.ly/2GSh85u

18 Suprema Corte de Nueva Zelanda, CIV 2015-485-919, párrafo 133, https://bit.ly/2Ej1pNo

no se pronunció con respecto a ese punto. Sin embargo, sí reconoció la necesidad del Gobierno de revisar periódicamente las metas establecidas a la luz de la información científica actualizada del IPCC, considerando los posibles impactos para las personas en Nueva Zelanda.

El cambio climático es un asunto de derechos humanos: Pakistán

En 2015, una alta corte en Pakistán reconoció que la lentitud en la implementación por parte del Gobierno de los planes y programas para atender el cambio climático violaban los derechos humanos de sus ciudadanos.[19] En particular, del señor Ashgar Leghari, un campesino que demandó al Gobierno por impactos sufridos debido al cambio climático. La Corte reconoció los impactos vividos en Pakistán vinculados al cambio climático, incluyendo graves inundaciones y sequías, que amenazan la seguridad hídrica y alimentaria. De acuerdo con la Corte, dichas afectaciones impactan derechos humanos como el derecho a la vida, que incluye el derecho al ambiente sano y el derecho a la dignidad humana.

Es evidente que ante la realidad del cambio climático, que ya está afectando a las personas y a los países, la intervención de las cortes es vital para definir, interpretar e reiterar las obligaciones de los Estados. En este marco, y ahora en mayor medida que antes, las discusiones respecto a si una actividad puede adelantarse o no, o si se puede o no hacer minería en páramos, entre otras, no pueden darse de forma aislada. El ambiente y todos quienes pertenecemos a él estamos interrelacionados, por lo cual las decisiones deben tener una perspectiva también amplia. Así, las decisiones deben considerar políticas, normas, evidencia científica y económica a corto, mediano y largo plazo.

Como lo reconoció la Corte Constitucional, cuando se trata de ecosistemas fundamentales, como los páramos, debe considerarse su importancia biológica e hídrica, así como los servicios ambientales que prestan, en este caso ser grandes secuestrados de carbono.

Aún más, como en los casos de Holanda y Nueva Zelanda, es evidente que las acciones para el cambio climático deben ir más allá de buenas intenciones. Deben estar reflejadas en la práctica en políticas y planes ambiciosos, que se implementen y revisen periódicamente, para garantizar el cumplimiento de las normas y la protección de las personas. De no ser así los gobiernos podrían estar incumpliendo la obligación de protección a las personas en su jurisdicción, así como normas nacionales e internacionales.

En otras situaciones se va evidenciando, además, que las obligaciones de los Estados de proteger y garantizar los derechos humanos, como en el

---

[19] Lahore High Court Judicial Department, W. P. 25501/2015, https://bit.ly/2LfaxqG

caso de Pakistán, van hasta la urgencia y efectividad con la que deben implementarse políticas que protejan a los ciudadanos del cambio climático.

En toda esta discusión es pertinente resaltar que en los cuatro casos mencionados, las cortes recurren a análisis y evidencia de diversas disciplinas para entender los asuntos sometidos a su jurisdicción y poder dictar una decisión adecuada. Este es un ejercicio que deben continuar fortaleciendo y ejerciendo cada vez más, dado que la protección del ambiente va más allá de una discusión legal y requiere de información especializada, de la que los jueces carecen.

A partir de los elementos aquí enunciados, y con el fin de aportar a la discusión, concluyo que, lejos de ser contradictorios, la protección ambiental es una condición necesaria para el desarrollo económico. Más aún, ante la evidencia del cambio climático y su amplio impacto, es esencial tener una perspectiva integrada y de largo plazo para tomar las decisiones, considerando el interés público, no solo el de algún sector. Finalmente, en dicha discusión el papel de la rama judicial es vital, puesto que, como se comienza a ver, tiene una importante función en la definición y desarrollo del contenido legal, para contribuir a garantizar el bienestar de las personas y las comunidades.

La jurisprudencia constitucional sobre la tensión entre la protección del medio ambiente y el fomento del desarrollo

CARLOS BERNAL PULIDO*

El premio Nobel de química Paul Joseph Crutzen ha venido sosteniendo la tesis de que hoy vivimos en una nueva era geológica, que ha denominado el Antropoceno.[1] Para él, debido a los daños y a las intervenciones del ser humano en el medio ambiente, el Holoceno ha expirado. Con prescindencia del debate científico en torno a esta proposición, la impronta humana en el medio ambiente es innegable. Así lo ha entendido la ciencia y, en las últimas décadas, también el derecho. Muestra de ello es la inclusión de regulaciones sobre el medio ambiente en las constituciones. La de Colombia no es la excepción. Antes bien, en significativos respectos es tenida como un modelo a seguir.

La Constitución de 1991 marcó un hito en la historia del ordenamiento jurídico colombiano en cuanto a la protección del medio ambiente. Es la primera de nuestras constituciones que reconoció el derecho a gozar de un medio ambiente sano. Asimismo, se refiere a asuntos ambientales en

* Magistrado de la Corte Constitucional desde el 16 de mayo de 2017. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca (España); doctor en Filosofía de la Universidad de Florida; especialista en Derechos Humanos del Instituto Internacional de los Derechos Humanos René Cassin, ubicado en Estrasburgo (Francia), y magíster en Filosofía de la Universidad de Florida. Agradezco a Nicolás Esguerra Miranda, María Fernanda Barraza y Mateo Merchán por su valiosa asistencia científica en la preparación de este texto.

1 Paul Joseph Crutzen, "The 'Anthropocene'", en *Earth System Science in the Anthropocene*, editado por E. Ehlers y T. Krafft (Springer: Berlín y Heidelberg, 2006).

varios de sus artículos y desde distintos puntos de vista.[2] En este sentido, la Corte Constitucional ha indicado que dentro del texto de la Constitución política de 1991 existe una "constitución ecológica".[3]

Debido a la inclusión de estas disposiciones en la Constitución política, la Corte Constitucional, supremo intérprete de ella, ha sido un actor institucional muy relevante en la resolución de los conflictos que involucran al medio ambiente. La manera como esta Corte ha abordado estos conflictos ha sido mediante i) la protección del medio ambiente, en razón de su conexidad con otros derechos fundamentales, ii) su protección como derecho fundamental autónomo, que representa un límite a otros derechos fundamentales y principios constitucionales y iii) el reconocimiento de los elementos del medio ambiente como sujetos de derechos.

La protección del medio ambiente en razón de su conexidad con otros derechos fundamentales

La revisión de sentencias de acciones de tutela ha sido la principal vía procesal mediante la cual la Corte Constitucional ha resuelto los conflictos que involucran al medio ambiente. En esta sede, la Corte ha estudiado

---

[2] Dichas referencias se encuentran, entre otros, en los siguientes artículos: 8 (obligación del Estado de proteger las riquezas naturales de la Nación), 49 (atención de la salud y del saneamiento ambiental), 58 (función ecológica de la propiedad), 66 (créditos agropecuarios por calamidad ambiental), 67 (educación para la protección del ambiente), 79 (derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones ambientales), 80 (planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales), 81 (prohibición de armas químicas, biológicas y nucleares), 82 (deber de proteger los recursos culturales y naturales del país), 215 (emergencia por perturbación o amenaza del orden ecológico), 226 (internacionalización de las relaciones ecológicas, 268-7 (fiscalización de los recursos naturales y del ambiente), 277-4 (defensa del ambiente como función del procurador), 282-5 (el defensor del pueblo y las acciones populares como mecanismo de protección del ambiente), 289 (programas de cooperación e integración en zonas fronterizas para la preservación del ambiente), 300-2 (asambleas departamentales y medio ambiente), 301 (gestión administrativa y fiscal de los departamentos atendiendo a recursos naturales y a circunstancias ecológicas), 310 (control de densidad en San Andrés y Providencia con el fin de preservar el ambiente y los recursos naturales), 313-9 (concejos municipales y patrimonio ecológico), 317 y 294 (contribución de valorización para conservación del ambiente y los recursos naturales), 330-5 (concejos de los territorios indígenas y preservación de los recursos naturales), 331 (Corporación del Río Grande de la Magdalena y preservación del ambiente), 332 (dominio del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables), 333 (limitaciones a la libertad económica por razones del medio ambiente), 334 (intervención estatal para la preservación de los recursos naturales y de un ambiente sano), 339 (política ambiental en el plan nacional de desarrollo), 340 (representación de los sectores ecológicos en el Consejo Nacional de Planeación) y 366 (solución de necesidades del saneamiento ambiental y de agua potable como finalidad del Estado).

[3] Véase, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-126/95 (M. P. Hernando Herrera Vergara).

pretensiones de protección constitucional del medio ambiente debido a su conexidad con derechos fundamentales.

Esta estrategia es coherente con dos consideraciones teóricas alternativas. Primero, que el medio ambiente es un bien constitucional, que, al ser indivisible entre varios titulares, en sentido teórico no podría ser objeto de un derecho *per se*. O, segundo, que tal como declara el artículo 79 de la Constitución política, el medio ambiente es objeto de un derecho, pero no de un derecho fundamental, sino de un derecho colectivo.[4] Por ende, cuenta con un mecanismo para su protección: la acción popular. Sin embargo, aún bajo tales presupuestos, la Corte Constitucional ha considerado que excepcionalmente es procedente la acción de tutela para proteger el medio ambiente.[5] Para esto, no es suficiente acreditar la sola afectación del derecho al medio ambiente, sino también la de un derecho individual fundamental —como el derecho a la vida—, y que la afectación del derecho al medio ambiente desencadenara un perjuicio irremediable.[6]

---

4 El artículo 79, que protege el derecho a gozar de un ambiente sano, se encuentra en el capítulo de los derechos colectivos. Así lo ha ratificado la Corte Constitucional, que en la Sentencia SU067/1993 (M. P. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón) señaló que "La Carta de 1991 consagra el 'Derecho al Goce de un Ambiente Sano', no como un derecho constitucional fundamental, sino como un derecho y un interés constitucional de carácter colectivo; en este sentido la Acción de Tutela no es procedente para obtener de manera autónoma su protección, pues aquella procede para obtener el amparo específico de los derechos constitucionales fundamentales y no el de otros derechos que, como los colectivos, deben perseguirse judicialmente por virtud del ejercicio de las Acciones Populares o de las Acciones de Clase o de Grupo en los términos de su regulación legal, salvo las hipótesis de la protección indirecta o consecuencial". Este concepto ha ido evolucionando. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-699/15 (M. P. Alberto Rojas Ríos), la Corte señaló que el derecho al medio ambiente tiene diversas dimensiones complementarias, como son que es un principio constitucional, un derecho colectivo, un derecho fundamental por conexidad y un conjunto de obligaciones.

5 En la Sentencia SU1116/01 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett), la Corte Constitucional unificó las subreglas para la procedencia de la acción de tutela en amparo de un derecho colectivo de la siguiente manera: "i) que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental, de tal suerte que el daño o la amenaza del derecho fundamental sea 'consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo'. Además, ii) el peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de naturaleza subjetiva; iii) la vulneración o la amenaza del derecho fundamental no deben ser hipotéticas sino que deben aparecer expresamente probadas en el expediente. Y iv) finalmente, la orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado, y 'no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza'".

6 Así lo señaló la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T-362/14 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), al afirmar que "debe recalcarse que la acción de tutela y la acción popular tienen puntos en común, como la protección de un derecho constitucional (individual o colectivo) producto de la amenaza o vulneración por parte de una autoridad pública o particular y, más cercano aún, la de prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En cuanto a este último punto, la jurisprudencia ha sido extensa, estableciendo que la acción de tutela procede, a pesar de la existencia de otros mecanismos de protección, para evitar la ocurrencia de un perjuicio,

La acreditación de un inminente perjuicio irremediable es un asunto fáctico y probatorio. En lo que concierne a la conexidad, la Corte Constitucional ha considerado que en un número plural de casos, con la vulneración al medio ambiente se han afectado también otros derechos fundamentales, como la vida y la salud.[7] Por esa razón, ha considerado procedente la acción de tutela para su protección. Desde sus primeras sentencias, la Corte vinculó la protección del medio ambiente al derecho a la vida, al considerar que "sin él, la vida misma correría letal peligro",[8] dado que el medio ambiente forma parte "del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras".[9] Incluso, recientemente, la Corte Constitucional incluyó el derecho al medio ambiente dentro del ámbito de protección del derecho a la vida, al afirmar que "en el marco del derecho a la vida —artículo 11 CP—, se infiere que el medio ambiente es un derecho constitucional fundamental para el hombre, pues sin este, la vida del ser humano perdería vigencia".[10]

En otros casos, la Corte Constitucional ha vinculado la protección del medio ambiente con otros derechos fundamentales. Por ejemplo, en la Sentencia T-652 de 1998, la Corte resolvió la tutela interpuesta por los miembros de la comunidad indígena embera-katío en contra de la construcción de una hidroeléctrica en el río Sinú. En dicha sentencia, la Corte tuteló el derecho al medio ambiente de la comunidad embera-katío por su conexidad con derechos fundamentales de la comunidad, tales como la preservación de la integridad cultural, social y económica de las comunidades étnicas.

En las sentencias que pertenecen a esta primera tendencia jurisprudencial, la Corte Constitucional acoge una visión antropocéntrica del derecho al medio ambiente; reconocen su relevancia constitucional por su conexión

---

es decir, se reviste de carácter preventivo. Asimismo, la acción popular tiene una naturaleza preventiva, lo que significa que "su ejercicio o promoción judicial no está supeditado o condicionado a que exista un daño o perjuicio de los derechos e intereses que se buscan proteger. Es suficiente que se presente la amenaza o el riesgo que se produzca el daño, para que pueda activarse el mecanismo de la acción popular". En tal sentido, podemos decir que cuando en un caso existe una estrecha relación entre derechos colectivos y derechos individuales considerados fundamentales, la acción de tutela es procedente dada la imposibilidad en la mayoría de los casos de separar los ámbitos de protección de los dos grupos de derechos".

7 En la Sentencia T-092/93 (M. P. Simón Rodríguez Rodríguez), la Corte dispuso que "el derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad".

8 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-595/10 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

9 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-431/00 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa).

10 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-095/16 (M. P. Alejandro Linares Cantillo).

con derechos inherentes al ser humano. Con todo, ¿puede el derecho al medio ambiente ser considerado como un derecho fundamental *per se*?

El medio ambiente como un límite a los derechos con los que colisiona

En una segunda línea jurisprudencial, la Corte Constitucional ha atribuido al medio ambiente el carácter de límite a otros derechos fundamentales con los que colisiona. Para tal fin, en ocasiones le ha reconocido también la naturaleza de derecho fundamental *per se*, y ha construido relaciones de armonía y de colisión entre este derecho y otros.

Así, por ejemplo, desde sus primeras sentencias, la Corte estructuró relaciones de armonía y de colisión entre, por una parte, los derechos al trabajo, a la propiedad privada y a la libertad de empresa —llamados los derechos del tríptico económico— y, por otra, el derecho al ambiente sano. Cuando se trataba de relaciones de colisión, la Corte ha sostenido que la constitución ecológica tiene prevalencia *prima facie* sobre la constitución económica.[11] Sin embargo, también ha enarbolado el concepto de *desarrollo sostenible* como criterio para estructurar estas colisiones.[12] En cierto sentido, este segundo criterio lleva consigo la aceptación de que hay algunas actividades de contaminación que deben aceptarse en razón del desarrollo.[13]

---

[11] La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T-254/93 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), señaló lo siguiente: "Las normas ambientales, contenidas en diferentes estatutos, respetan la libertad de la actividad económica que desarrollan los particulares, pero le imponen una serie de limitaciones y condicionamientos a su ejercicio que tienden a hacer compatibles el desarrollo económico sostenido con la necesidad de preservar y mantener un ambiente sano. Dichos estatutos subordinaban el interés privado que representa la actividad económica al interés público o social que exige la preservación del ambiente, de tal suerte que el particular debe realizar su respectiva actividad económica dentro de los precisos marcos que le señala la ley ambiental, los reglamentos y las autorizaciones que debe obtener de la entidad responsable del manejo del recurso o de su conservación".

[12] La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T-411/92 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), señaló sobre el particular lo siguiente: "Observa la Corte que se trata en este negocio de hacer compatibles y armónicos los derechos del tríptico económico (trabajo, propiedad privada y libertad de empresa) y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. La compatibilidad está en la conjunción copulativa 'y', que radica en la combinación del crecimiento económico y el respeto por el medio ambiente. Esta ha sido la esencia del concepto de desarrollo sostenible que fue presentado hace cinco años por la Comisión Brundtland (en honor de la primera ministra noruega, Gro Harlem Brundtland) y que se encuentra a la orden del día en la agenda de la Conferencia de Río de Janeiro. En otras palabras, la clave radica en mantener el desarrollo económico, pero haciéndolo sostenible, esto es, de forma tal que responda a las necesidades tanto del hombre como de la naturaleza".

[13] Tal entendimiento podría desprenderse de lo dispuesto por la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T-254/93 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), en los siguientes términos: "Hay que concluir que la contaminación dentro de ciertos rangos es una realidad, pues resulta ingenuo condicionar las actividades humanas a un impacto ambiental cero —aun cuando las

Esta Corte ha sostenido que el concepto de desarrollo sostenible es la base del "modelo de desarrollo que permite satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas propias".[14] Por ende, la satisfacción de las necesidades actuales implica un ejercicio de planificación económica y de asunción de responsabilidad en materia de orden económico y modelo de desarrollo. Especial énfasis se ha puesto en la necesidad de satisfacer las necesidades esenciales de los sectores menos favorecidos de la población. Como ha señalado esta Corte, este énfasis "se hace más importante en países como los nuestros, donde la pobreza mayoritaria está unida a la escasez, pues no habrá desarrollo sostenible mientras casi la mitad de la población viva en niveles de extrema pobreza". Hace más de dos décadas, en la Sentencia T-445 de 1996 (M. P. Hernando Herrera Vergara), la Corte ya había señalado que

> en torno al concepto de desarrollo sostenible se desprenden al menos cuatro elementos recurrentes: el primero es la necesidad de preservar los recursos naturales para el beneficio de las generaciones futuras (equidad intergeneracional); el segundo es la idea de explotar los recursos de una manera sostenible, prudente y racional; el tercero es el uso equitativo de los recursos naturales; y el cuarto la necesidad de que las consideraciones medioambientales estén integradas en los planes de desarrollo.[15]

Esta concepción llevó a la Corte a que, por ejemplo, considerara ajustado a la Constitución política[16] el límite que impone la Ley 2 de 1959, que prohíbe la venta de tierras en Parques Nacionales Naturales. En dicha oportunidad, a la Corte le correspondió resolver el siguiente problema jurídico: ¿el artículo 13 de la Ley 2 de 1959 desconoce el derecho a la propiedad

---

actuaciones de los sujetos públicos y privados involucrados en la preservación ambiental debe necesariamente atender a ello— pues en general, la acción del hombre en el campo de sus actividades industriales y comerciales, incorpora de alguna manera elementos extraños y nocivos al ambiente. La autoridad ambiental, debe admitir el ejercicio de una actividad económica legítima cuando su ejercicio no comprometa los límites tolerables de la contaminación, pues si los excede, el bien común exigirá que restrinja o se prohíba al particular el ejercicio de su actividad. No se pueden señalar límites a las acciones y a las inversiones que requiera el control efectivo de la contaminación ambiental, pero debe saber quien asuma una actividad contaminante, que su primera responsabilidad, por encima de cualquier otra, es establecer los mecanismos más adecuados y eficaces para suprimir, o cuando menos reducir al mínimo tolerable, los efectos nocivos que se puedan deducir de tal actividad, aparte de que debe pagar, según las tasas de retribución ambiental que se establezcan, por lo menos parte del precio que cuesta contaminar".

14 Véase, entre otras, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-077/17 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

15 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-445/96 (M. P. Hernando Herrera Vergara).

16 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-189/06 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

privada, cuando prohíbe "las ventas de tierras" en el denominado Sistema de Parques Nacionales Naturales?

En esa ocasión, la Corte decidió que se encontraba ajustado a la Constitución el límite que impone la mencionada Ley 2 de 1959, porque: i) no se vulnera el derecho a la propiedad privada cuando se imponen prohibiciones de enajenación sobre algunos bienes, siempre que dichas restricciones, además de salvaguardar un interés general, mantengan ilesos los atributos de goce, uso y explotación económica en cabeza de sus titulares; ii) en virtud del deber estatal de proteger la diversidad e integridad del ambiente y las áreas de especial importancia ecológica, se le confiere al legislador la posibilidad de establecer medidas de protección dirigidas a velar por la conservación, restauración o sustitución de los recursos naturales, con el propósito de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental que puedan causar daño a los ecosistemas de especial importancia ecológica, y iii) dado que, mediante la prohibición de enajenación prevista en la norma demandada se pretende preservar, salvaguardar y perpetuar los recursos ambientales presentes en el Sistema de Parques Nacionales Naturales, dicha restricción se fundamenta en la función ecológica que le asiste a la propiedad privada, en aras de garantizar el principio de primacía del interés general sobre el interés privado del propietario.

De esa manera, si bien la Corte reconoció la existencia del derecho a la propiedad, que incluye, por supuesto, la potestad de enajenarla, también consideró que la protección de tal atributo debe ceder para que se satisfaga el derecho a un ambiente sano y se protejan parques nacionales. En este sentido, la Corte concluyó que,

> mediante la limitación o restricción al atributo de la libre enajenación prevista en la norma demandada, consistente en prohibir "las ventas de tierras" particulares que se encuentran en zonas declaradas como Parques Nacionales Naturales, se pretende garantizar como interés superior del Estado Social de Derecho el cumplimiento de la función ecológica que le es inherente al derecho de dominio.[17]

La Corte Constitucional también ha atribuido al medio ambiente el carácter de límite de otros derechos en aquellos casos en que ha aludido al derecho al medio ambiente para fundamentar la restricción de los derechos de los particulares que desarrollan actividades mineras. La Corte ha considerado que "no es comparable el retraso en la ejecución de los proyectos de infraestructura [aprobación de los planes de ordenamiento territorial] con el daño irremediable que la intervención incontrolada de

---

[17] Ibíd.

la mano del hombre puede ocasionar al ambiente y, por ende, a la vida y a la salud humana".[18]

En similar sentido, en un reciente pronunciamiento, la Corte consideró legítima, con base en la prevalencia del interés general sobre el particular, la prohibición por parte del legislador de una actividad económica privada, con el argumento de que

> la protección del ambiente prevalece frente a los derechos económicos adquiridos por particulares mediante licencias ambientales y contratos de concesión en las circunstancias en que esté probado que la actividad produce un daño, o cuando exista mérito para aplicar el principio de precaución para evitar un daño a los recursos naturales no renovables y a la salud humana.[19]

En esta tendencia jurisprudencial, la Corte Constitucional ha apelado varias veces al principio de precaución,[20] a fin de reconocer preponderancia al medio ambiente frente a otro derecho, cuando en la formulación de políticas públicas exista un riesgo de daño grave e irreversible al medio ambiente, pero la probabilidad de ocurrencia del riesgo o su magnitud sean inciertas. De acuerdo con el principio de precaución, ni siquiera la falta de certeza científica absoluta podría aducirse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir una potencial degradación del medio ambiente.[21] Como la Corte Constitucional ha señalado, el uso de

---

18 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-328/95 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

19 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-035/16 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

20 La Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, proclamada por la Conferencia de las Naciones Unidas en junio de 1992, estipuló en su décimo quinto principio, el de precaución, lo siguiente: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente".

21 Véase Congreso de la República de Colombia, Ley 99 de 1993, de 22 de diciembre, artículo 1.6: "La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente". Este artículo fue además declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-293/02 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra). En esta sentencia la Corte señaló que el principio de precaución consiste en que las autoridades ambientales, "cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente". Ley 99 de 1993, artículo 1.6. Así le está otorgando facultades ilimitadas a tales autoridades ambientales, para que, sin que medie la certeza científica absoluta de que la actividad produce graves daños al ambiente, adopte medidas que puedan lesionar los derechos e intereses de personas que resulten afectadas con tales decisiones.

este principio implica una modificación en el *modus operandi* de la teoría del daño. Se acepta que el Estado debe actuar no ante la existencia de un daño cierto, sino de un riesgo.[22]

Los elementos del medio ambiente como sujetos de derechos

En tiempos recientes, la Corte Constitucional ha desarrollado una tercera perspectiva, en la que ha atribuido a elementos del medio ambiente el carácter de sujetos de derecho. En este sentido resulta emblemática la Sentencia T-622 de 2016, en la que la Corte se desligó del enfoque tradicionalmente antropocéntrico y adoptó una visión ecocéntrica, al señalar que el río Atrato es un sujeto de derechos.[23] El cambio de perspectiva consiste en concebir a la naturaleza como un "auténtico sujeto de derechos que deben ser reconocidos por los Estados y ejercidos bajo la tutela de sus representantes legales, verbigracia, por las comunidades que la habitan o que tienen una especial relación con ella".[24]

El problema jurídico que tuvo que resolver la Corte en esa Sentencia fue el siguiente: debido a las actividades de minería ilegal en la cuenca del río Atrato (Chocó) y a la presunta omisión de varias autoridades estatales, demandadas en ese caso, ¿existía una vulneración de los derechos

---

22 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-080/15 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio): "A nivel local, tanto la jurisprudencia constitucional como la administrativa han acogido este principio como una disposición crucial del derecho ambiental. Su impacto es tal que supone un cambio en la lógica jurídica clásica. Por contraposición a la teoría del daño cierto y verificable, vigente desde la tradición romana, la precaución opera sobre el riesgo del desarrollo, el riesgo de la demora, y produce una inversión de la carga de la prueba. Con razón, la Corte ha aseverado que este postulado materializa 'en gran medida' los deberes de protección con la naturaleza".

23 Si bien este es el ejemplo más claro del ecocentrismo, la Corte en dicha sentencia consideró que no era la primera vez que ella lo adoptaba. En efecto, la Sentencia C-449/15 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio) sostuvo que la *perspectiva ecocéntrica* puede constatarse en algunas decisiones de esta corporación; por ejemplo, la Sentencia C-595/10 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio) anota que la Constitución muestra igualmente la relevancia que toma el medio ambiente como bien a proteger por sí mismo y su relación estrecha con los seres que habitan la tierra, al igual que la Sentencia C-632/11 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello).

24 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio). La aplicación práctica de dicho reconocimiento se evidencia en el siguiente aparte de la mencionada sentencia: "Para el efectivo cumplimiento de esta declaratoria, la Corte dispondrá que el Estado colombiano ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca —en adelante— estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Estado colombiano. Adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, ambas partes deberán diseñar y conformar una *comisión de guardianes del río Atrato*, cuya integración y miembros se desarrollará en el acápite de órdenes a proferir en la presente sentencia" (cursivas propias).

fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes?

A juicio de la Corte, la minería ilegal que se lleva a cabo en la cuenca del río Atrato constituye una abierta vulneración del derecho fundamental al agua, que amenaza no solo a las comunidades étnicas, al departamento del Chocó o al medio ambiente, sino directamente a una de las fuentes hídricas y de biodiversidad más importantes del mundo. En este sentido, la Corte consideró necesario adoptar enfoques integrales sobre conservación que tomaran en cuenta las relaciones entre la diversidad biológica y la cultural.

Por lo anterior, profirió un conjunto de órdenes concretas, con el objetivo de enfrentar la difícil situación que ha generado la explotación minera ilegal en la cuenca del río Atrato, respecto al río y a las comunidades étnicas que habitan su cuenca. El fundamento de dichas órdenes fue el reconocimiento de dicho río como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas. Para la Corte, dicha visión encuentra pleno fundamento en nuestra Constitución, particularmente en el principio consagrado en el artículo 8, que le impone al Estado y las personas la obligación de proteger las riquezas naturales de la Nación. Así, consideró la Corte, se puede afirmar que el medio ambiente no está únicamente en su atención al ser humano, sino también a los demás seres vivos.[25]

Conclusiones y preguntas abiertas

Del recuento jurisprudencial anteriormente expuesto se puede concluir que la Corte, en la solución de conflictos constitucionales que involucran al medio ambiente, ha utilizado tres estrategias para proteger al medio ambiente: su conexidad con derechos fundamentales del individuo, la atribución del carácter de derecho fundamental *per se* y de límite a los derechos con los que colisiona, y la atribución de titularidad de derechos fundamentales a elementos del medio ambiente.

---

[25] Asimismo, la mencionada visión ecocéntrica ha encontrado su fundamento en los instrumentos internacionales que han surgido en esta materia, entre los cuales se destaca la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, de 1972, y en especial el Convenio sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro, de 1992. Según la Corte Constitucional, estos instrumentos están conectados con la constitución ecológica. De acuerdo con la ya citada Sentencia T-622/16 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), tales fuentes, sumadas a las constitucionales, constituyen "una serie de principios, mandatos y obligaciones enfocados en una doble dimensión dirigida a: i) proteger de forma integral el medio ambiente y ii) garantizar un modelo de desarrollo sostenible".

Esta tradición jurisprudencial es la base sobre la cual la Corte debe enfrentar las preguntas de los tiempos venideros. Entre ellas están:

- ¿Cómo debe ser la constitución ecológica del Antropoceno, es decir, la era que comienza con el impacto humano en la geología de la Tierra y en los ecosistemas, que incluye, pero no se limita al cambio climático? ¿Cómo debería ser la jurisprudencia del Antropoceno que tenga en cuenta la intervención del ser humano en el medio ambiente? ¿Cómo debe interpretarse a la constitución ecológica frente al cambio climático?
- ¿Cómo deben ponderarse los derechos vinculados con la protección del medio ambiente con los derechos que tienen que ver con el desarrollo y cuyos recursos redundan en la satisfacción de intereses?
- ¿El medio ambiente puede ser objeto de un derecho? ¿Está justificado atribuirle el carácter de sujeto de derechos a los elementos del medio ambiente?
- ¿Cuál es el contenido del medio ambiente *per se*? ¿Debería, entonces, haber una protección del medio ambiente como derecho fundamental *per se*?
- ¿Cómo se establece la prioridad entre los derechos con los que colisiona y con los que es conexo?
- ¿Cuáles son los derechos con los que colisiona? ¿Cuáles son las colisiones de hoy? ¿Cómo debe evolucionar la jurisprudencia con las colisiones? ¿Cuáles deberían ser las prioridades cuando colisiona con el derecho al desarrollo? ¿Cuál es el límite de la prioridad *prima facie* que la jurisprudencia le ha otorgado al medio ambiente? ¿Hasta qué punto puede limitar la explotación de recursos mineros?

Responderlas será uno de los mayores retos de la nueva Corte Constitucional que, a finales de este año 2017, se ha configurado.

Desarrollo productivo basado en la explotación de recursos naturales: tensiones económicas y sustentabilidad en el marco de una protección constitucional*

DANIEL L. NOGUERA SANTANDER**

Es necesario abrir una discusión sobre la inminente necesidad de una transformación del actual modelo extractivista en la región andina y especialmente de sus consecuencias en Colombia, ya que a pesar de percibir todas las diferentes muestras de desastre que trae consigo el sistema económico y la globalización, nuestros países persisten en el uso de este modelo de desarrollo imperante, en el que el hombre sigue ostentando el poder sobre la naturaleza.

Ante estos problemas que datan desde inicios de la Revolución Industrial, se han creado instituciones empeñadas en buscar nuevas fórmulas para la protección de los recursos naturales, para lo cual se ha introducido el principio universal de protección, llamado también *principio de desarrollo sustentable*, el cual debe ser tenido en cuenta por las diferentes

* Este artículo es resultado de la investigación interinstitucional, desarrollada entre la Universidad Libre de Bogotá y la Universidad Mariana, llamada El Diálogo entre la Corte Constitucional y la Sociedad Civil: Impacto de las Intervenciones Ciudadanas en los Procesos de Jurisdicción Constitucional, desarrollada desde el 1.º de septiembre de 2016 hasta el 15 de marzo de 2017.

** Docente investigador de tiempo completo y coordinador de investigación de la Maestría en Derecho de la Universidad Mariana; magíster en Derecho Internacional Económico de la Universidad Andina Simón Bolívar; abogado de la Universidad de Nariño; integrante del grupo de investigación Saber Sociojurídico de la Universidad Mariana; consultor sobre comunidades indígenas, y promotor de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

corporaciones de poder en el desarrollo de sus funciones administrativas y jurisdiccionales.

En este artículo se analizará la eficacia del actual diseño constitucional ambiental en nuestros países; para ello, particularmente se tomaran algunas referencias y visiones de países como Ecuador y Bolivia, y de su tratamiento constitucional frente a la protección del ambiente, y se debatirá sobre la actual tensión entre las diferentes relaciones económicas y la protección ambiental que hasta el momento se ha pretendido implementar. Asimismo, también se hará un análisis constitucional de Perú y Colombia, donde se revisará la labor de los órganos constitucionales de control y la tensión entre las diferentes políticas de desarrollo económico que se han implementado desde los años noventa, reflexión que nos llevará a una conclusión frente a la posición que deben asumir las autoridades estatales judiciales con respecto a la protección del medio ambiente.

Finalmente se realizará una reflexión del papel de la Corte Constitucional colombiana frente a las diferentes problemáticas ambientales que actualmente aquejan a la población, pues, como máximo actor y garante de la conservación de los recursos naturales en Colombia, la Corte es ahora la última y máxima entidad de protección de la naturaleza a partir de la jurisprudencia. Además se tratará sobre la responsabilidad que esta corporación deberá asumir en el marco del posconflicto y la política internacional.

Introducción

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la economía y el medio ambiente han entrado en una constante tensión debido a los procesos destructivos e irreparables que los diferentes modelos económicos de desarrollo han causado al medio ambiente, esto ha conllevado la creciente preocupación de los seres humanos en la búsqueda de diversas alternativas de protección, y asimismo su esfuerzo por encontrar formas de desarrollo que impidan la destrucción del ambiente. Es por ello que desde los diferentes saberes y ciencias se han empezado a construir metodologías y teorías que proponen opciones para tratar de mitigar la evidente destrucción de "nuestra casa común". Dada esta preocupación, la mayoría de Estados del mundo han tratado de implementar en sus ordenamientos jurídicos principios que serían claves para la protección y que, a su vez, supondrían unas reglas importantes a las formas de desarrollo capitalista que actualmente imperan; dichos principios tendrían como propósito evitar la alteración de las formas de coexistencia social entre el ser humano y la naturaleza.

La aplicación de tales principios en diferentes normas legales nacionales es de gran trascendencia, así podemos observar que los Estados suramericanos han tratado de aplicar estas normas en sus ordenamientos

jurídicos a partir de la década de los 90; aunque resulta algo contradictorio que estos mismos países desde esa misma época hayan empezado a intensificar las políticas extractivas en toda su geografía biodiversa, con una expansión de la explotación de recursos naturales sin precedentes, principalmente en la explotación de productos primarios, como petróleo y minerales, la cual se intensificó a partir de la necesidad de garantizar un Estado social de derecho "protector", que generara unos mínimos vitales a la sociedad, un Estado que, equivocadamente, hasta ahora ha visto como única alternativa para garantizar esos derechos sociales la explotación de los recursos primarios.

Esa intensificación de las políticas extractivas en territorios de gran diversidad natural y cultural, que se ha expandido de un modo sin precedentes en estos países, se debe al problema de "la búsqueda de liquidez económica", a la cual los diferentes gobiernos necesitan intensamente, lo que los ha llevado a causar repercusiones ambientales irreparables; situación que demuestra que la simple aprobación de los principios internacionales en el ordenamiento jurídico no es suficiente. Por ello el papel de los organismos de control (cortes constitucionales) para la protección de la naturaleza es trascendental cuando se trata de implementar proyectos o normas que impliquen la destrucción de zonas de gran valor natural, pues, como sabemos, los Estados en su afán de conseguir recursos económicos de fácil acceso emplean el derecho para validar la explotación y permiten la entrada de inversión extranjera que facilite esos fines de explotación de los recursos naturales por medio de megaproyectos, que en la actualidad son la base económica de estos países, y que han tratado de implementarse en comunidades que cuentan con mecanismos de protección constitucional y jurisprudencial.

A pesar de entender la importancia que tienen los recursos naturales para nuestra vida, estos países insisten en llevar a cabo proyectos económicos que van en contra de la conservación, lo que ha llevando de alguna forma a criticar desde la academia la eficacia de sus principios. En este entendido, corporaciones como la Corte Constitucional tienen una enorme responsabilidad con respecto a la protección y salvaguardia de estos bienes tangibles, entendiendo que sus fallos deben obedecer los lineamientos de los principios internacionales, que aseguran que las necesidades del presente no deben comprometer las necesidades de las futuras generaciones. Por ello, esta breve comparación de los ordenamientos jurídicos vigentes en los países de la CAN permitirá entender que la ley y la jurisprudencia no deberían ser la única forma para imponer límites a la explotación irracional de los recursos naturales, sino que todos, como seres humanos, desde la racionalidad, estamos en la obligación de ser guardianes de la naturaleza para las próximas generaciones.

Mecanismos de valoración económica de los recursos naturales: una alternativa al modelo de desarrollo productivo

A partir de la Modernidad, que surgió en Europa occidental, el ser humano generó unos cambios de pensamiento donde primaban características como la racionalidad, el individualismo y el pensamiento científico junto con los avances tecnológicos de la época. Estas peculiaridades delimitaron las nuevas fronteras políticas y económicas de la historia, las cuales llevaron al ser humano a la cúspide de la cadena alimenticia, en donde se empezó a creer que tenía derecho a dominar y explotar (forma entendida como colonización) lo que estaba en su entorno, pues desde esta época ya no se consideraba al ser humano como un animal, y por ende como parte de la naturaleza, lo que le da derecho a dominar y explotar los recursos naturales que tiene en su entorno. Esas relaciones de dominación eurocéntrica mercantilista impuesta desde la conquista de América Latina han permitido por muchas décadas legitimar la explotación de nuestros recursos, convirtiéndonos en países de producción primaria que sirven a la lógica mercantilista de fabricación.

La constante preocupación por esa excesiva dominación de la naturaleza por parte del ser humano permite entender el grado de colonización que actualmente vivimos en Suramérica;[1] "debido a ello, el pensamiento crítico latinoamericano sugiere e implementa una serie de teorías donde ven como problema al actual sistema económico, este último entendido como la estructura de producción culpable de muchos de los males en nuestras sociedades suramericanas. Por ello, el estudio de teorías como la colonialidad o colonialidad del poder"[2] cumple un papel determinante para entender y reconocer al sistema mercantilista como el causante de la destrucción de la naturaleza y de la explotación intensiva de los recursos naturales. El estudio de ese sistema económico desde la colonialidad debe ser entendido primeramente como una concepción fuera del derecho, pues, al realizar un juicio más desde lo cultural, podemos hacer una reflexión más profunda acerca del problema coyuntural de América Latina y aún más de los países andinos, en donde sea primordial entender que ese patrón de poder mundialmente hegemónico (modelo económico capitalista) es el culpable de colonizar nuestro comportamiento, nuestro pensamiento, el ser, el poder, pero, sobre todo, es el culpable de la actual concepción que tenemos de "seres racionales-dominantes" que ostentan el dominio sobre la naturaleza.

---

1 Colonización entendida como el que ejerce soberanía o poder sobre algo o la dominación de un pueblo sobre otro.

2 Aníbal Quijano, *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina* (Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales [Clacso], 2000).

Es así que, debido a los diferentes conflictos socioambientales que han traído consigo las distintas formas de desarrollo destructivo a través de la historia, el ser humano ha tratado de repensar su actual forma de producción, y ha propuesto alternativas diferentes de desarrollo, planteando propuestas y metodologías para mitigar el impacto ambiental que genera la explotación de los recursos naturales; tal es el caso de autores como Bolívar Echeverría,[3] quien desde un enfoque marxista (*El capital*) marca un punto de inflexión y propone un debate desde los conceptos de *valor de uso* y *valor de cambio*, donde se establezca como eje principal el estudio del uso o de la utilidad que le damos a las cosas; esta metodología que plantea Echeverría marca pautas entre lo que tiene que ser respetado y lo que de alguna forma puede ser explotado, desde la perspectiva de valor de uso o de valor de cambio.

Factores como el valor de cambio (entendido como la mediatización del mercado y la transacción comercial, es decir, como la utilización de los productos del trabajo o de los bienes producidos para el intercambio) hacen parte de la lógica gubernamental para legitimar las estrategias extractivistas, pues el Estado, interesado en conseguir liquidez económica, se mantiene afanado por aprovechar los recursos naturales a fin de solventar las diferentes necesidades sociales. Por el contrario, el valor de uso está determinado por sus condiciones naturales y mediatizado por la necesidad de subsistencia y la necesidad para la vida; es un sistema que busca, desde la lógica de Echeverría, una construcción diferente de desarrollo, para que el ser humano pueda tener alternativas a ese orden social que impone el sistema mercantil, alternativas como la protección del medio ambiente, a partir de propuestas de sustentabilidad o de sistemas económicos que permitan un mayor grado de conservación, tal como lo promueven diferentes ONG, la academia o la doctrina interesada en rescatar la vida y tratar a la naturaleza como un ser sujeto de derechos.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede evidenciar que nuestro continente, y especialmente nuestros países andinos, aún después de ver todas las muestras de desastre causadas por el capitalismo y la globalización (modelo impulsado por las ideas neoliberales de Milton Friedman), siguen persistiendo en el uso de este modelo de desarrollo imperante, en el que el hombre ostenta poder sobre la naturaleza, sin entender que la riqueza natural limitada que nos ofrece nuestro continente ha servido para lucrar a pocos, mientras que nosotros, los dueños de estos recursos, seguimos sufriendo las consecuencias del sistema; consecuencias como la desigualdad, la pobreza, el abandono y la insatisfacción de las necesidades

---

[3] Bolívar Echeverría y Adolfo Sánchez, en Stefan Glander, *Marxismo crítico en México* (México: Fondo de Cultura Económica, 2007).

básicas de subsistencia. Esto debería generar en el ser humano una gran preocupación, pues, a pesar de que entendemos esas dificultades, seguimos dependiendo de una economía primaria que se dedica a saciar la sed desarrollista del Primer Mundo.

Esas estrategias políticas extractivistas, que han surgido para impulsar el crecimiento económico, también han generado alternativas distintas que permiten hacer una valoración desde el punto de vista económico de nuestras riquezas naturales, mediante el análisis de beneficios y costos,[4] lo que implica pensar un poco más acerca del resultado más conveniente, si explotar o conservar los recursos. Dichos beneficios y costos también se han convertido en una metodología importante de valoración económica que permite pensar en la aplicabilidad del principio de desarrollo sustentable, pues la idea de esta teoría es que las personas no vean a los recursos naturales como bienes explotables otorgados por la naturaleza, sino que, por el contrario, sean vistos por el sistema capitalista como una nueva forma de generar riqueza, implementando modelos de explotación sustentable, tales como el ecoturismo o la agroecología, estrategias económicas y procesos culturales diferentes, que permitirían una trasformación de la matriz productiva del país, a fin de que estos Estados observen si es más rentable exportar la materia prima o aprovecharla con un fin biocéntrico.

> Por ello, la valoración económica de los recursos naturales se ha convertido en una metodología importante, pues brinda una información detallada sobre el valor monetario del territorio a los miembros de un determinado colectivo interesado en saber el valor de sus bienes naturales; a fin de lograr medir las expectativas de beneficios y costos en la realización de acciones en los distintos territorios ricos en recursos naturales, y conocer más a fondo las distintas formas para evitar el impacto que ocasiona el ser humano con las distintas teorías de economía clásica, mecanismos que permiten ver a los recursos naturales como activos ambientales sustentables, a fin de evitar un daño ambiental irreparable.[5]

---

[4] La variada doctrina desde los años sesenta ha dado a conocer diversos mecanismos científicos para poder calcular los beneficios y costos que implican explotar o proteger un territorio, como lo referencian el profesor Diego Azqueta, en su libro *La ciencia económica y el medio ambiente: un aporte desde la valoración económica ambiental*; el economista Pavan Sukdev; Adolfo Cabral Herrera, con la metodología expuesta en su obra "La valoración económica de bienes y servicios ambientales como herramienta estratégica para la conservación y uso sostenible de los ecosistemas", y un poco más detalladamente los profesores y economistas Weisbrod y Krutilla, quienes mediante una fórmula matemática dan perspectivas para el posible cálculo y el valor de los recursos naturales frente la conveniencia de explotarlos o conservarlos, en Alain Hernández Santoyo *et al*., "La ciencia económica y el medio ambiente: un aporte desde la valoración económica ambiental"*, Revista Paranaense de Desenvolvimiento* 34, n.° 125 (2013): 29.

[5] Camila Moreno, "Las ropas verdes del rey, la economía verde: una nueva fuente de acumulación primitiva", en *Alternativas al capitalismo/colonialismo del siglo XXI*, compilado por Miriam

Estas metodologías y estudios están supeditadas para que los usuarios de los recursos naturales no observen el patrimonio ambiental como bienes y servicios gratuitos, sino que, por el contrario, promuevan un desarrollo sostenible e implementen ideas que eviten el inminente agotamiento de estos recursos no renovables, por tanto las políticas públicas actuales deben procurar prevenir la depredación innecesaria de la materia prima.[6]

Lo anterior nos lleva a comprender que la tarea para la protección del medio ambiente solamente es posible a partir de la ecología de saberes, como lo expresa De Sousa Santos, y que la solución no es la aglomeración de fundamentos legales y normas, sino que hay que empezar con cambios estructurales, comenzando con la implementación de reformas al sistema económico que impera, y que es aplicado de forma incoherente; por ello, el estudiar estas diferentes teorías nos permitirá abrir un abanico de posibilidades para los Estados que aún siguen persistiendo en la explotación de los recursos naturales como solución a sus problemas económicos.

En este sentido, es importante tener en cuenta estos diferentes mecanismos existentes de valoración económica de los recursos naturales, pues son enfoques que permiten poner en práctica políticas ambientales alternativas, efectivas, económicamente sustentables y legalmente eficientes, que conlleven al fin una protección eficaz de nuestros recursos naturales y se conviertan en estrategias a largo plazo. Por último, es válido mencionar que la metodología de la valoración económica de los recursos naturales permitirá generar estudios que den una medición y cuantificación de la calidad ambiental, a través de cambios administrativos que verifiquen el grado de bienestar de la población que utiliza estas metodologías, por tanto, su empleo brinda la oportunidad de mejorar la calidad ambiental

---

Lang, Claudia López y Alejandra Santillana (Quito: Abya Yala, Fundación Rosa Luxemburg/ Abya Yala, 2013), 88.

6 Cabral establece que existen diversas herramientas para establecer valores específicos para el medio ambiente; estas herramientas son conocidas como metodologías directa e indirecta. La metodología directa tiene como principal objetivo estimar el valor de no uso de los bienes y servicios ambientales a través de una indagación directa a los individuos, mediante encuestas, cuestionarios y/o entrevistas, y de la estimación monetaria que estos hacen sobre la variación de su bienestar como resultado de un cambio potencial en la oferta del bien ambiental; y la indirecta es aquella que evalúa las preferencias de los agentes económicos mediante la información proveniente del mercado actual o el mercado de sustitución. Este modelo se utiliza para analizar los efectos que tienen estas características en el precio de un bien o factor debido a su carácter heterogéneo, para luego extender el análisis a las demandas por dichos atributos cualitativos, es así que dentro de esta metodología encontramos dos elementos: el método de costo de reposición y el método de costo de viaje. Adolfo Cabral Herrera, "La valoración económica de bienes y servicios ambientales como herramienta estratégica para la conservación y uso sostenible de los ecosistemas: 'Caso ciénaga La Caimanera, Coveñas-Sucre, Colombia'", *Criterio Libre*, n.° 10 (2009): 71-89.

y los costos que implican la intervención en el ambiente por políticas económicas mal diseñadas.

Tensiones teóricas entre desarrollo económico y sustentabilidad: el contexto histórico de una crisis actual

Los procesos de transformación económica, social y tecnológica iniciaron en la segunda mitad del siglo XVIII en Gran Bretaña; esta transformación fue conocida como la Primera Revolución Industrial, en cuya etapa se vivió el mayor conjunto de cambios socioeconómicos en la historia de la humanidad. "Esta revolución industrial marcó un punto importante en la historia, pues se vio el paso de una economía rural basada en la agricultura, a una economía dependiente del comercio de carácter urbano, es decir, una economía industrializada y dispuesta a descubrir nuevas formas de vida".[7]

Esa forma de vida marcó la etapa conocida como la Revolución Industrial, época donde la innovación abarcaría nuevos métodos de mercado para la industria y la tecnología;[8] en ese contexto, la innovación significó una nueva apertura a la negación, la destrucción y el cambio, pues la transformación de los elementos derivados de la materia prima para facilitar la vida de las personas fue, y sigue siendo, la esencia permanente de la Modernidad.

> Este hecho fue uno de los principios fundamentales de la industria moderna, la cual no considera a los procesos de producción como definitivos o acabados. Así, en la década de los 70, siglo XX, el derecho ambiental comienza su apogeo, por cuanto se empieza a crear conciencia social y una nueva plataforma jurídica desde la noción de los derechos humanos, pues se reconoció la falla por parte de los Estados al no imponer límites legales a los abusos que cometían las múltiples empresas generadoras de problemas ambientales, lo que dio pie para que la comunidad internacional, cómplice de todo el desastre ambiental, comprenda y formule diferentes soluciones para contrarrestar ese tipo de daños a la naturaleza. Por tal razón, es que el 16 de junio de 1972 durante la conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano, se logró introducir en la agenda política internacional la problemática medioambiental con el propósito de que la comunidad internacional ayude a formular, condicionar y limitar el modelo de crecimiento económico tradicional que empezaría a dominar en el planeta.[9]

---

7 Ashton Thomas Southcliffe, *La Revolución Industrial* (México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2001), 10 y 11.

8 Aldo Ferrer, *Historia de la globalización II* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2000), 121.

9 Esta conferencia sobre el medio ambiente humano se celebró en Estocolmo con la presencia del ministro de Agricultura sueco Ingemund Bengtsson y con la participación de 110 países,

El logro reconocido por la Declaración de Estocolmo de 1972 hasta el momento es que todos sus participantes acordaron tener una visión ecológica del mundo y así ser más conscientes frente a las consecuencias que los países industrializados han ocasionado en diferentes zonas del mundo, por lo cual la mayoría de asistentes a esta conferencia concertaron redactar diferentes normas y principios, los cuales de alguna forma han logrado resaltar la importancia del ambiente para el ser humano y los demás seres vivos. Esta declaración es un conjunto de 106 recomendaciones y 24 principios que respaldan el derecho al desarrollo sustentable y la conservación del ambiente.[10] Así, a partir de la época de los 80, después de tomar en cuenta los distintos problemas ambientales mundiales a causa de los diferentes procesos de evolución e innovación empresarial, comenzó a evidenciarse en el mundo una etapa de transformación social en la que se tomó conciencia acerca de la importancia de integrar los aspectos medioambientales a los aspectos económicos, pues los daños ecológicos a causa del impacto de la economía capitalista condujo a los seres humanos a crear un nuevo principio, llamado *desarrollo sustentable*.[11]

Este último, entendido desde los principios internacionales del derecho ambiental, se refiere a aquel desarrollo que es capaz de satisfacer las necesidades actuales sin comprometer los recursos y posibilidades de subsistencia de las futuras generaciones. En este entendido, doctrinarios como Edgardo Lander[12] sostienen que el desarrollo sostenible empezó a diseñarse desde el año de 1983:

> La comisión estaba encargada de crear un conjunto de recomendaciones de acción frente a este actual problema, mediante el informe llamado "Nuestro Futuro Común", el cual fue entregado en el año de 1987 y desde ahí fue conocido como el informe de Brundtland, nombre dado por la persona que coordinó el proyecto; y cuya base fue fundamental para

---

en ella prácticamente se debatió la publicación del informe oficioso elaborado por científicos de todo el mundo, en cuya redacción final se responsabilizó a René Dubos y Bárbara Ward. Naciones Unidas, *Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano,* 16 de junio de 1972, https://bit.ly/1gbPR9d

10 Naciones Unidas, *Declaración de la conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano* (1972), http://bit.ly/2XKMfaE. Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, *Declaración de Estocolmo*, http://bit.ly/2ILEQo2

11 Mariela Verónica Montero, "El medio ambiente en la coyuntura de la integración", en *Serie de servicios públicos-tutela ambiental*, editado por José Dromi (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003), 145.

12 Edgardo Lander, "Proyectos neoliberales y resistencias populares", Voltairenet.org, https://bit.ly/2IwGZ7N

> que en 1992 se realice la reunión mundial de medio ambiente llamada la Cumbre de la Tierra, realizada en Brasil, Río de Janeiro.[13]

Ya en el siglo XXI, específicamente en el 2002, se realizó la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, donde se aprobó la declaración de Johannesburgo, instrumento de gran importancia para la protección del medio ambiente, pues se reconoció que la naturaleza sigue siendo víctima continua de la destrucción debido a los mecanismos de desarrollo económicos adoptados, razón por la que los Estados llamaron a la realización de una cumbre mundial, la cual como base principal buscó incrementar la calidad de vida para la población y no una protección efectiva para el medio ambiente, a partir de la obligatoriedad e imposición de políticas públicas que busquen solventar las necesidades básicas, como el aprovisionar a la sociedad de agua potable, saneamiento básico, energía y servicio de atención de salud de calidad, a partir de medidas de seguridad alimentaria y fórmulas de protección a la biodiversidad, etc. Esta cumbre, igual que los procesos anteriores, quiso nuevamente solventar necesidades humanas, las cuales estaban predispuestas a incrementar el valor per cápita estatal a fin de cubrirlas; pero el alcanzar dichas metas significaría que los países subdesarrollados dependerán más de sus recursos naturales no renovables, razón por la cual esta cumbre fue considerada como un fracaso para la protección real del ambiente.

Después de esto, los Estados del mundo convocaron a una de las reuniones mundiales más importantes para la época, con el fin de revisar los nuevos lineamientos que los países estaban dando al concepto de desarrollo sustentable. La reunión, celebrada en Río de Janeiro en 2012, fue llamada la conferencia Río+20 El Futuro que Queremos, donde se darían a conocer los nuevos acontecimientos del mundo con respecto a los mecanismos de desarrollo, y especialmente los de desarrollo sustentable. Esta nueva visión de desarrollo tiene una connotación que redirige y da un nuevo discurso a la economía, una visión diferente para transformar este concepto, llamado ahora *economía verde*, una nueva concepción de desarrollo sostenible que enmarque el respeto por la naturaleza, la salud y el medio ambiente y a la vez un principio que logre alcanzar los objetivos del nuevo milenio mediante mecanismos económicos eficientes.

Así, la cumbre planteó idear una nueva agenda de estrategias para reducir a su máxima expresión el patrón de economía hegemónico que genera los problemas actuales, pero de manera que, a la vez, este cambio no provoque tensión en las relaciones políticas ni económicas que dominan

---

[13] Daniel Noguera Santander, *Límites jurídicos al extractivismo minero en las constituciones de los países de la CAN, en relación a la protección del ambiente*, tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador, 2016), http://bit.ly/2ZGis51

hoy el planeta; en mejores palabras, que no se ponga en juego el estatus económico que hasta el momento han conseguido los países.

En este documento[14] se redactaron los problemas actuales que habían surgido después de veinte años de la primera promulgación de la Convención de Río de 1992; para tal fin, los encargados de formular las políticas del nuevo milenio propusieron el concepto de economía verde, concepto que generaría debates, negociaciones y la formulación de nuevas políticas por parte de los diferentes organismos multilaterales que asistieron a esta cumbre. Estas reflexiones se centraron en buscar profundas transformaciones de los actuales problemas económicos mundiales, las cuales, como lo indica el PNUMA, se podrían generar mediante la transición de la economía "marrón", que domina al mundo, al programa de economía verde promovido en esta conferencia, y así dar una nueva visión a la economía mundial. Con estas estrategias se conseguirían los objetivos de mejorar los índices de empleo, reducir la pobreza y crear mayores estándares de calidad de vida, todo mediante el paso a una economía sostenible que respete los límites de los recursos naturales y permita su recuperación.

Como se puede observar, a pesar de todas las críticas que pueden surgir del modelo de desarrollo sustentable, se puede evidenciar que este es un principio que rige las constituciones de los países andinos, lo anterior se manifiesta en algunos numerales de sus cartas fundamentales, tal es el caso de Colombia, la cual en su artículo 80 establece que "el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución;"[15] de igual manera, la República de Perú tiene el mencionado principio en su artículo 69, el cual dice: "El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada",[16] término empleado en estas constituciones desde una perspectiva antropocéntrica, donde la naturaleza está en función de las necesidades humanas.

En este orden de ideas, y desde un aspecto más biocéntrico, las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia contemplan el principio de desarrollo sustentable; la primera lo faculta en el artículo 3, numeral 5, en el cual se establece que es un deber del Estado "planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir";[17] y Bolivia

---

14 Edgardo Lander, "La economía verde: el lobo se viste con piel de cordero", http://bit.ly/2PvTzUK

15 Véase Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, 6 de julio de 1991, título II, capítulo 3, artículo 80.

16 Congreso Constituyente Democrático, Constitución política del Perú, 29 de diciembre de 1993, título III, capítulo 2, artículo 69.

17 Asamblea Constituyente del Ecuador, Constitución de la República, 20 de octubre de 2008, título I, capítulo 1.º, artículo 3.

impone el principio en su artículo 108, numeral 15, donde determina que se debe "proteger y defender los recursos naturales y contribuir a su uso sustentable, para preservar los derechos de las futuras generaciones".[18] Es evidente que el término *sustentable* en estas constituciones aparece reflejado desde un aspecto más antropocéntrico, pero al analizarlo desde el punto de vista del principio de la conexidad, vemos que este principio cumple un papel importante, pues está estrechamente vinculado con el respeto por la naturaleza desde el preámbulo constitucional, estableciendo el compromiso del Estado con la convivencia, la diversidad y la armonía con la naturaleza al brindarle una categoría especial como sujeto de derechos.

Lo anterior indica que estos países pertenecientes al sistema de integración de la CAN tendrían un articulado que en apariencia promueve una protección a los recursos naturales; sin embargo, el modelo económico mundial impide poner en acción dicho principio, pues solo existe un reconocimiento normativo, que no va más allá de la valoración y la protección a la naturaleza en función del antropocentrismo, tal y como lo propuso Brundtland en 1983; es decir, que se protege con el fin único de preservar los recursos naturales para las generaciones futuras, mas, sin embargo, el mismo principio convierte de alguna manera a la naturaleza en su eje de dominación, pues en los cuatro países analizados, a pesar de contar con este principio en sus constituciones, es más evidente su afán por alcanzar metas de crecimiento económico que los ponga al nivel de países desarrollados.

Esto actualmente genera tensión desde la perspectiva estatal frente al significado de cuidar o explotar, tensión muy cercana a la realidad de nuestros países andinos, los cuales buscan solventar esas necesidades sociales mediante el neoextractivismo, sin medir consecuencias. Por ello, las estrategias políticas y legislativas tendientes a flexibilizar las normas de protección a fin de atraer inversión extranjera no se han hecho esperar, ya que la urgencia por extraer recursos no renovables ha ocasionado que muchos lugares de estos territorios pierdan su biodiversidad sin opción de ser recuperados, pues para el Estado es más importante demostrar cifras de crecimiento económico y cómo se han superado los parámetros cuantitativos que el Estado se ha propuesto en un determinado tiempo. Esta flexibilización se hace evidente a través del débil aparato administrativo que controla este aspecto, el cual no está articulado para la protección, pues, como ocurre en Colombia, no existe un manejo eficaz para la entrega de licencias ambientales que cuenten con estudios de impacto ambiental eficaces, o no hay garantías que permitan un adecuado uso del

---

[18] Asamblea Constituyente de Bolivia, Constitución política del Estado, 7 de febrero de 2009, título III, artículo 108.

principio de consulta previa; asimismo las concesiones de agua, la falta de responsabilidad de los empresarios por el daño ambiental ocasionado, entre otras, muestran un sistema administrativo que evidencia la falta de compromiso del Estado para articular de forma adecuada las distintas entidades administrativas encargadas de la protección del medio ambiente, responsabilidad que ha quedado en última instancia en las manos de la Corte Constitucional.

La construcción constitucional como límite a las políticas de desarrollo extractivas

En la actualidad los ordenamientos jurídicos de los países andinos han intentado implementar mecanismos progresistas en materia de derecho ambiental; ejemplo de ello son los casos de Ecuador y Bolivia, los cuales de alguna forma han implementado una perspectiva diferente al modelo de desarrollo imperante, mediante la imposición de principios a nivel constitucional, como el principio de desarrollo sustentable y el de los derechos de la naturaleza, ambos contenidos y desarrollados a lo largo de toda su constitución. Estos derechos son vistos por las diferentes comunidades como una estrategia de protección a los recursos naturales y a los territorios ancestrales que coexisten; son derechos de rango constitucional, que marcarían un límite al actual modelo desarrollista que trae consigo el capitalismo.

Esta búsqueda de protección mediante el control constitucional ha generado un debate social muy tenso en estos países, en donde la actual y evidente crisis ambiental debido al extractivismo ha obligado a las comunidades a repensar la actual noción de desarrollo, pues sus constituciones vigentes al parecer contienen elementos de protección, considerados como principios legales, que podrían ser desarrollados a través de normas jurídicas efectivas que eviten la actual destrucción ecosistémica. Sin embargo, la aparente y novedosa transformación constitucional no va más allá de lo teórico (es decir, son normas sin poder), pues al parecer se cuenta con unas constituciones progresistas desde el punto de vista ambiental, pero desde un análisis más minucioso encontramos que la contradicción que encierran sus artículos tienden a favorecer los proyectos de carácter económico keynesiano, todo esto sin desconocer ese proceso de lucha constituyente que se llevó a cabo, el cual incluye conceptos interesantes, como la protección de la naturaleza a partir de mecanismos de protección propios, los cuales simplemente deben ser desarrollados a partir de una legislación responsable.

En este sentido, parecería que los Gobiernos de Ecuador y Bolivia, a partir de sus nuevas constituciones, han pretendido apartarse de ese sistema

capitalista, pues han implementado una serie de artículos que buscan proteger más sus recursos naturales y su riqueza cultural, al darle a la naturaleza una característica especial, como sucede en Ecuador, otorgándole a la naturaleza un estatus jurídico especial[19] y ubicando todas sus normas constitucionales en igualdad jerárquica; no obstante, al parecer, dicha igualdad ha sido sobrepasada por toda la estructura económica en ambos países, la cual ha predominado, sin duda, ante la necesidad de asegurar los demás derechos sociales. Lo que indica que en el momento de crear esas constituciones las personas encargadas de su elaboración no se esforzaron en crear soluciones precisas para la actual tensión entre los términos de conservación y desarrollo; este diálogo hubiera sido fundamental para evitar la actual colisión que se ha dado en estos Estados.

Los Gobiernos sin duda han justificado la explotación a partir de la implementación de sus planes de desarrollo, logrando crear estrategias para intervenir importantes reservas naturales, como es el caso de la explotación en territorios de gran relevancia ambiental, como el parque natural Yasuní ITT, Intag o Azuay (en Ecuador), y Madidi, Tunari y Tarija (en el sur de Bolivia), entre otras; todo esto mediante importantes vínculos entre empresas y Estado, motivados por la importancia de la inversión extranjera de empresas que han logrado imponer sus proyectos de minería a cielo abierto y de explotación de hidrocarburos en estas regiones, sin importar los impactos que se pueda ocasionar en el ambiente y en la población.

Esta reflexión da a entender que las constituciones no han sido interpretadas adecuadamente por los Gobiernos y que la necesidad de explotar para mantener un equilibrio en sus balanzas de pagos se ha incrementado en las últimas décadas, lo que ha ocasionado que estos países vivan la época más extractivista de su historia, hecho que permite concluir que sin el compromiso del Gobierno estas cartas fundamentales no son un límite suficiente para evitar el daño que está causando el extractivismo.

Desde otra perspectiva, encontramos a Colombia y Perú, quienes, desde un análisis constitucional, se podría decir que son Estados que tienen un modelo económico claramente establecido. En este sentido la Constitución de Colombia de 1991, según Uprimny,[20] sería una carta de derechos valorativa y normativa de constitucionalismo social, en la medida en que no solo reconoce derechos liberales, sino también derechos sociales, y les da fuerza normativa, pero a su vez es una constitución abierta, porque admite políticas económicas muy diversas para alcanzar esos derechos sociales.

---

19 Asamblea Constituyente del Ecuador, Constitución de la República, *op. cit.*, artículo 71.

20 Rodrigo Uprimny, "Abierta pero no neutra: Constitución y modelo económico en Colombia", en *Memorias del conversatorio, diálogo entre abogados y economistas sobre la Constitución en el aspecto económico* (Bogotá: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2007).

Por tanto el modelo económico colombiano, apoyado en su Constitución, acepta cambios y medidas complementarias acordes con el sistema mundial, pues en su momento puede corregir comportamientos no deseados en la economía de mercado estableciendo una regla para atender con seguridad los servicios que no se cumplan con efectividad, ejemplo de ello es la educación y la salud. Todos estos aspectos abren una puerta enorme al sistema extractivista en el país.

De igual manera, en la Constitución peruana también existe un modelo económico definido, denominado como Estado social de mercado, sistema que orienta el desarrollo de un país a través de mecanismos que permitan a los agentes de mercado actuar de forma libre, pero al mismo tiempo que se asuma un papel protector hacia los consumidores, garantizando principios como la sana competencia. La Constitución peruana reconoce la presencia de un modelo económico que tiene como principio fundamental el respeto de las libertades económicas, pero que choca con el derecho a un ambiente sano y al derecho a la salud de las personas.

Estos modelos económicos adoptados por los países analizados evidencian la apertura de sus economías al incesante mercado de la producción industrial, llevada a cabo por las grandes potencias mundiales, y más en el momento en que las potencias emergentes, como China, India y los llamados tigres asiáticos, inundan el mercado mundial con bienes de consumo; situación que para nuestros países es trascendental, pues es el factor que incrementa la exploración y explotación de materias primas, combustibles y alimentos en nuestros territorios, y lo que nos lleva a una implacable destrucción de importantes zonas naturales.

El repunte en los últimos años del precio de los productos naturales ha desarrollado en estos países el denominado *boom minero*, que implica que en regiones como Colombia y Perú se haya cobrado un papel protagónico con respecto al aumento en el precio internacional de estos recursos, y que por ello sus políticas públicas hayan estado dirigidas al aumento de la inversión extranjera, ya que la actual visión política de estos países está enfocada en favorecer el auge del extractivismo como estrategia de desarrollo. Esto significa que Colombia y Perú cuentan con constituciones dinámicas con respecto a los cambios que el mercado financiero internacional imponga, pues en su historia estas cartas fundamentales han sufrido diferentes procesos constituyentes acordes con el modelo político-económico mundial, basado en la explotación de recursos naturales sin una eficiente intervención estatal que ayude a su control; es por esta razón que estas constituciones, de una u otra forma, han limitado la noción de protección al tema ambiental para dar paso al desarrollo; tal es el caso peruano, donde solo existe un artículo que desarrolla este tema, lo que permite deducir

que existen muchos vacíos que obligan al legislador a crear normatividad secundaria y a las instancias judiciales a trabajar en este tema.

Desde esta óptica, Colombia y su modelo de desarrollo, establecido en su Constitución, se refieren en gran manera al marco constitucional económico,[21] en el que el Estado plantea la libertad financiera como supuesto rasgo social de desarrollo; este enfoque se encuentra delimitado por ley, y esta es muy permisible en cuanto a aspectos económicos y de interés social, tal y como lo podemos apreciar en su artículo 333[22] y en alguna jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado, fallos que de una u otra forma han abierto puertas a la iniciativa privada como base de desarrollo y que, al mismo tiempo, responden a las necesidades económicas del país.

De acuerdo con esto, el Gobierno actual podrá impulsar sus estrategias políticas de desarrollo a través de la minería a gran escala. Esta situación debería generar una importante reflexión sobre los alcances jurídicos que ayuden a limitar estos modelos de desarrollo vigentes, los cuales de alguna manera tienen un papel determinante, que tiene que ver con la implementación del extractivismo como mecanismo de desarrollo actual y a corto plazo.

Dado este corto análisis constitucional podemos establecer que los cuatro países que hacen parte del sistema de integración de la CAN tienen unos límites constitucionales que no alcanzan a garantizar la adecuada protección de sus recursos naturales y que en ellos constantemente chocan los derechos sociales y fundamentales que la misma Constitución garantiza, de tal manera que la responsabilidad recae en manos de corporaciones como la Corte Constitucional, la cual consiste en imponer límites a esos procesos extractivos desmesurados, pues a través de su jurisprudencia tiene la potestad de ponderar estos derechos sociales a fin de evitar los conflictos sociales desatados en los últimos años.

---

21 Véase Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, *op. cit.*, título 12, capítulo1, artículo 333.

22 "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley". Ibíd.

La Corte Constitucional colombiana como garante en la resolución de los conflictos socioambientales: perspectivas y retos para el futuro del medio ambiente en Colombia

Los países suramericanos tienen normas ambientales que establecen limitaciones estructurales y procesos jurídicos que obligan a las diferentes actividades económicas a cumplirlas, todo esto bajo una serie de condiciones que están implícitas en el marco institucional de cada país, pues es fácil entender que estos países se encuentran obligados a cumplir un marco legal constituido por diferentes condiciones que son importantes para la práctica y la aplicación efectiva de las políticas ambientales; dado que lo que pretende la normatividad es que los Estados desarrollen diferentes soluciones a los problemas que trae consigo la tecnología, el poder político y el sistema económico, límites que hasta el momento no han sido suficientes en la actual avalancha de proyectos extractivos de carácter transnacional.

Es fácil darse cuenta de que esas normas no son suficientes, y que en casos como los de Colombia y Perú hay un desarrollo de una política ambiental muy baja, donde es evidente el interés por brindar un marco más favorable al mercado, tal y como pasó en el gobierno de Fujimori, que derogó gran parte de la legislación ambiental para asegurar dispositivos de promoción a la inversión privada; y en el caso de Colombia, por la evidente flexibilización normativa, que brindó espacios más amplios a la minería mediante las concesiones cercanas a sitios protegidos por la ley. Desde otra perspectiva, vemos a Ecuador y Bolivia, quienes se han esforzado en plantear una reforma a su estructura estatal ambiental y generar una institucionalidad de protección al medio ambiente, mediante la conservación, la gestión ambiental y el mejoramiento de la calidad de vida (*Sumak kausay*), sin embargo el Estado no ha podido superar esa lógica económica y se ha inclinado más hacia esas formas desarrollo y políticas económicas extractivas, dejando esas reformas constitucionales como un simple reconocimiento normativo constitucional, que esperamos sea garantizado a futuro.

Es así que la legislación ambiental en esta parte del mundo parecería que tiene un bajo nivel de aplicación por razones de orden fáctico, principalmente por la falta de voluntad de las autoridades políticas y administrativas llamadas a ponerlas en práctica, lo que conlleva los problemas de eficiencia y eficacia de la norma. Estas atribuciones normativas y ejecutivas son los mecanismos a través de los cuales el Estado desarrolla sus funciones ambientales, es decir, son instrumentos de los cuales se vale el Estado para llevar a cabo la gestión ambiental adecuada.

Por ello el trabajo de la Corte Constitucional es indispensable en cualquier país, pues esta corporación debe procurar el cuidado del medio ambiente, entendiendo que necesitamos un cambio del actual patrón antropocéntrico a fin de reconocer a la naturaleza como un ser sintiente y sujeto de derechos propios de protección. En el caso particular, para la Corte Constitucional colombiana, la tarea de protección no ha sido fácil, pues los diferentes debates en materia ambiental indican la falta de herramientas jurídicas para la protección, lo que ha implicado que esta corporación utilice diferentes estrategias y derechos para garantizarla, mecanismos como la conexidad y la ponderación, reglas que han sido fundamentales para que la Corte anteponga el cuidado de los recursos naturales a las diferentes políticas públicas extractivas, a través de la atribución de personalidad jurídica a la naturaleza o de darle la titularidad de derechos fundamentales al medio ambiente, a partir de la acción de tutela o de los diferentes mecanismos de participación ciudadana; este tipo de acciones jurídicas han permitido que la Corte Constitucional colombiana sea digna de admiración y referencia en los diferentes espacios de diálogo nacionales e internacionales.

Estos temas tan complejos, como las actividades extractivas, la contaminación de ríos, la prohibición de sustracción de áreas protegidas, el acceso al agua potable, han sido tratados por la Corte de manera progresiva desde el marco de control abstracto, así como en el marco de control concreto, utilizando como estrategia herramientas conceptuales y técnicas propias del derecho contemporáneo y de la mano de acompañamientos técnicos de áreas diferentes al derecho, como la biología, la geología y la ingeniera; así estrategias como el derecho comparado han permitido reconocer al medio ambiente como un derecho fundamental de los colombianos. Estas herramientas han sido fundamentales para que la Corte obtenga insumos y elementos de juicio que permitan resolver las diferentes controversias que surgen frente al tema medioambiental, con posturas que dan a la Corte Constitucional colombiana una legitimidad institucional en un contexto social que no es el más fácil de su historia y que compromete aspectos económicos y culturales de gran trascendencia.

Sin embargo, no cabe duda que la Corte Constitucional no ha estado exenta de dificultades frente a la forma de intervención como juez constitucional, pues el tema medioambiental es amplio y digno de múltiples estudios y modelos teóricos, que no son fáciles de abordar, y que implican la intervención de las diferentes disciplinas del conocimiento para realizar fallos que permitan una solución efectiva a los diversos problemas sociales. Pero en algunas ocasiones la teoría no es suficiente para brindar una solución adecuada a dichos problemas, por lo cual se invita a la Corte a emplear todas sus herramientas para garantizar sus fallos, tal es el caso

del mecanismo constitucional de las intervenciones ciudadanas, el cual prioriza de forma contundente el diálogo con los actores representativos de la sociedad, como las comunidades étnicas, campesinas, LGTBI, así como ONG, universidades, centros de estudios especializados, entre otros. Conceder un peso especial a la participación popular permite garantizar la democracia ambiental, a fin de dar importancia a la opinión de la gente, ya que contar con su opinión es entender la opresión del sistema y observar a las víctimas como otra fuente del derecho.

Otro reto que debe asumir la Corte Constitucional colombiana es la protección del medio ambiente en el posacuerdo, realizado entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC, partiendo del hecho de que aquellas zonas (ricas en biodiversidad) que eran ocupadas por estas organizaciones ilegales ahora podrían estar en la mira de empresas extranjeras interesadas en realizar grandes proyectos de desarrollo, pues entendemos que el conflicto armado en Colombia accidentalmente ha generado un impacto positivo para la naturaleza en los últimos cincuenta años, debido a que se crearon zonas "fuera de limite"[23] en donde el Estado y las empresas no pudieron intervenir. Entendido esto, la tarea de la Corte será primordial a la hora de establecer límites objetivos a través de su jurisprudencia, pues las connotaciones económicas de desarrollo del país tienden a expandirse hacia estas fronteras de gran valor natural, y para ello poner sobre la mesa los diferentes riesgos que puede ocasionar dicha expansión permite reflexionar hacia dónde y cómo debe actuar la Corte, entendiendo que deberá optar por la prevención antes que la remediación, con el fin de evitar daños irreparables en estas zonas que han permanecido ajenas y aisladas de los diferentes proyectos estatales y privados.

Es así como podemos concluir que la institucionalidad democrática en Colombia ha permitido que la Corte Constitucional sea la última instancia a la hora de brindar una seguridad jurídica. Lo que implica que la jurisprudencia emitida por esta corporación sea la base fundamental para los actores administrativos, políticos, económicos y ambientales; por ende, esta entidad tiene la responsabilidad de ejecutar fallos que establezcan un equilibrio entre protección y desarrollo a partir de la aplicación de los diferentes principios internacionales (como la precaución, la prevención, la sustentabilidad y la responsabilidad común), del adecuado análisis constitucional y de una asertiva interpretación de la legislación nacional; normas que permitirán proteger la vida, los derechos humanos, los derechos sociales y garantizar que las futuras generaciones puedan disfrutar de un ambiente sano y en paz.

---

[23] César Rodríguez, Diana Rodríguez y Helena Durán, *La paz ambiental, retos y propuestas para el posacuerdo* (Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2017), 37.

Conclusión

La llamada maldición de los recursos naturales, como muchos autores la denominan, no puede entenderse como un efecto automático o mágico de la economía primaria, ya que depende de la correlación de fuerzas entre agentes, dada por la posesión de los recursos, la posibilidad de apropiación del valor excedente y el control directo o indirecto del aparato estatal. Evitar la maldición implica actuar para transformar la economía y generar nuevas correlaciones de fuerza, ya que "no basta con controlar el crecimiento económico ni con controlar el aparato administrativo del Estado".[24]

Es así que para pensar en una transición, se necesita de muchos cambios estructurales mercantilistas y legales, y se debe hacer un análisis político y dinámico de los actores que convergen en la estructura social de un país y una región, en el sentido de crear desde el campo económico un espacio legítimo de lucha popular y política. Solo así podemos llegar a una transición en la que los cambios estructurales del Estado se conviertan en límites efectivos para una nueva era del extractivismo, mediante la imposición de unas reglas adecuadas por parte de la autoridad competente que cumplan con la finalidad de permitir la transformación de las fuerzas de dominación capitalista que se ejerce en los Estados.

Dada la actual coyuntura social de nuestras constituciones, podemos decir que la falta de compromiso por parte de los gobiernos con respecto a este tema ambiental ha permitido que los derechos de la naturaleza y las diferentes comunidades que coexisten en esos territorios sean comúnmente vulnerados. Es así que se hace necesario que en todos los Estados analizados se empiecen a crear unos lineamientos y reglamentos efectivos que apoyen el adecuado cumplimiento de lo estipulado en sus normas superiores, que incluyan la aplicación de principios como la sustentabilidad, el respeto por la naturaleza, la acción preventiva o el principio precautorio, mecanismos que serían pilares ideales para proporcionar límites claros que protegieran los recursos naturales de los daños que genera la explotación irracional, aplicados mediante una legislación que desarrolle leyes orgánicas eficaces y unos jueces constitucionales que interpreten adecuadamente los vacíos normativos, con el fin de precautelar la protección eficiente de los recursos naturales y las vida de personas a largo plazo.

---

[24] Diego Carrión, *Pensar las alternativas, imaginar la transición* (Bogotá: s. e., s. f.), 142.

Litigio constitucional, protección del ambiente y desarrollo sostenible

CLAUDIA VICTORIA GONZÁLEZ*

Introducción

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) está encargada de que los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental cumplan con la normativa ambiental, de tal manera que contribuyan al desarrollo sostenible ambiental del país.[1]

Esta entidad tiene autonomía administrativa y financiera, sin personería jurídica, y hace parte del sector administrativo de ambiente y desarrollo sostenible. Además se encuentra certificada con las normas NTCGP 1000 e ISO 9001, en pro de mejorar continuamente la calidad y el desempeño de los servicios ofrecidos por la entidad.

Proceso de licenciamiento ambiental

El licenciamiento ambiental es la autorización que permite ejecutar proyectos, obras o actividades que puedan producir un deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje.

* Bióloga marina de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, es especialista en Manejo Integrado del Medio Ambiente de la Universidad de los Andes. Se ha desempeñado profesionalmente en Ecopetrol, Geoingeniería, Inbiecol y en el anterior Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Actualmente es la directora general de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA).

1 Presidencia de la República de Colombia, Decreto 3573/11, de 27 de septiembre, artículo 2.

Este es un instrumento de coordinación, planificación, prevención y gestión, mediante el cual el Estado colombiano cumple mandatos constitucionales como:

- La protección de los recursos naturales y el medio ambiente
- La conservación de áreas de especial importancia ecológica
- La prevención y control del deterioro ambiental
- La función ecológica de la propiedad

Evaluación ambiental

El análisis técnico realizado por esta autoridad implica una revisión del estado ambiental antes del proyecto y los impactos que generaría su desarrollo en el área donde se va a ejecutar; conforme a las condiciones bióticas, abióticas y socioeconómicas del resultado de dicha interacción, se determina si los impactos podrán ser prevenidos, corregidos, mitigados o compensados de manera eficiente, de acuerdo con las medidas de manejo ambiental generadas por el proyecto. A partir del anterior trabajo técnico se determina si negar u otorgar la licencia ambiental.

La licencia ambiental, como un instrumento para garantizar el desarrollo sostenible del país, tiene en cuenta la estructura ecológica principal como parte de la zonificación ambiental del territorio, para lo cual se han desarrollado los instrumentos de evaluación y seguimiento que buscan asegurar que el proyecto que se licencie no afecte la integridad, la conectividad ecológica y la oferta de servicios ecosistémicos que benefician a la población y soportan el desarrollo económico del área de influencia donde se desarrollará el proyecto.

El proceso de licenciamiento ambiental reconoce el objetivo de la estructura ecológica principal, al adoptar dentro de su evaluación enfoques integrados y variables relacionadas con la diversidad, los servicios ecosistémicos y la funcionalidad de los procesos ecológicos, de forma tal que el desarrollo de los proyectos tenga una base natural sostenible. En este sentido, la toma de decisiones se basa en el conocimiento de los recursos naturales, los servicios ecosistémicos y su valor ambiental, social y económico, los usos actuales y las presiones sobre el paisaje, entre otros.

Dentro de la evaluación, se identifican áreas que aseguren en el tiempo la protección de la diversidad biológica en sus diferentes niveles de organización y de los servicios que proveen los ecosistemas naturales, orientando su manejo adecuado. En ese sentido, la toma de decisiones se fundamenta en las potencialidades y restricciones de los ecosistemas presentes, de forma tal que sea posible un desarrollo socioeconómico sostenible.

De acuerdo con lo anterior, el papel de la estructura ecológica principal se aborda a partir del concepto de redes ecológicas, en el que se incluyen una serie de ecosistemas vinculados a un sistema espacialmente coherente a través del flujo de organismos y de la interacción con los distintos elementos del paisaje, que proporciona las condiciones biológicas y físicas necesarias para que las poblaciones y los ecosistemas se mantengan. De esta manera, se busca que el desarrollo del proyecto integre las estrategias propuestas para la gestión del territorio que busquen mantener la integridad ecológica como medio para facilitar la conservación de especies, hábitats y servicios de los ecosistemas, para promover el uso sostenible de los recursos naturales, que como fin último busca hacer compatibles los procesos ecológicos, sociales y económicos del territorio.

En el marco del proceso de evaluación de las solicitudes de licencias ambientales y en cumplimiento del Decreto 1076 de 2016, la ANLA ejecuta un procedimiento detallado, que inicia con la recepción de la solicitud, la cual pasa a Verificación Preliminar de Documentos (VPD) con el fin de garantizar que la información se encuentre completa para poder elaborar el auto de inicio del trámite. La VPD permite adicionalmente identificar superposición de proyectos y generar alertas frente a proyectos complejos.

La evaluación de las solicitudes de licenciamiento ambiental es realizada por un equipo de profesionales interdisciplinario y altamente calificado, que cuenta con los siguientes perfiles: profesional medio físico, profesional medio socioeconómico y especialista en valoración económica de impactos y geomática, y de manera transversal desde el inicio del proceso se brinda acompañamiento jurídico.

Como parte de las acciones que promueve la ANLA para que exista una constante comunicación entre las partes, se realiza la presentación del proyecto por parte del interesado.

A través de la visita al proyecto, los evaluadores pueden observar en tiempo real las características del área en donde se pretende realizarlo, aportando en la toma de la decisión y permitiendo contrastar la información entregada por el solicitante, los sistemas de información y la percepción de la comunidad frente al desarrollo del proyecto.

De otra parte, en caso de que se requiera información adicional para el pronunciamiento por parte de la entidad, se realiza una reunión de información adicional, la cual permite interactuar con el solicitando y abrir espacios de conversación que promuevan un mayor entendimiento de los proyectos y agilicen el proceso de evaluación.

El proceso de licenciamiento cuenta con la posibilidad de solicitar pronunciamiento a otras entidades que se consideren de interés para poder tomar la decisión frente a la viabilidad ambiental del proyecto. Es importante resaltar que la evaluación del conjunto de información que

acompaña la solicitud de licencia ambiental se realiza de manera regional y no como un proyecto aislado, toda vez que la presión sobre los recursos naturales debe verse de manera integral y esta permite tomar decisiones con el conocimiento del estado y uso de recursos naturales en un área determinada, con el fin de que se analice el proyecto en el marco del desarrollo sostenible.

La ANLA toma decisiones fundamentadas en la integración de los instrumentos de planeación, regulación, orientación, ordenamiento territorial y ambiental del suelo y del subsuelo, por ello, al evaluar la procedencia de una licencia ambiental, toma sus decisiones de conformidad con los preceptos constitucionales que ordenan la coordinación y concurrencia, que fundamentan el principio constitucional de autonomía territorial. Para tal efecto, los permisos y autorizaciones emitidos por la ANLA se cimientan en la participación activa de las entidades municipales o distritales involucradas en dicho proceso, tomando como orientación los acuerdos y las medidas sobre la protección de cuencas hídricas y demás recursos naturales, la salubridad de la población, así como las regulaciones que versan sobre el desarrollo económico, social y cultural de las comunidades.

En efecto, uno de los pilares para la toma de decisiones de la ANLA es el estudio de impacto ambiental, que a su vez toma los elementos desarrollados en los POT, PBOT y EOT, que la ANLA, en el marco de sus competencias, solicita para evaluar la procedencia de los proyectos, obras o actividades que requieren de autorización ambiental acorde con los usos del suelo establecidos, las determinantes ambientales y la estructura ecológica principal. Es así que en el análisis y la toma de decisiones, la ANLA incorpora los planes de ordenamiento y manejo de cuencas, las declaratorias de áreas protegidas o la necesidad de formalizar la protección de áreas de especial importancia ecológica, asimismo considera las metas y objetivos de calidad establecidos por la autoridad ambiental, según lo indicado por los lineamientos establecidos por el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible para la elaboración y ejecución de los estudios de impacto ambiental, los cuales son adaptados a las particularidades de los proyectos y condiciones específicas de cada uno.

Seguimiento ambiental de proyectos

En caso de que el proyecto resulte viable desde el punto de vista ambiental, y en consecuencia se otorgue la licencia ambiental, inicia el proceso de seguimiento, que se convierte en un elemento clave para conocer el estado de los recursos naturales a través del tiempo y su comportamiento con la ejecución del proyecto.

El usuario debe reportar en el informe de cumplimiento ambiental (ICA) todas las actividades que desarrolla para la ejecución de su proyecto,

el estado de avance de las medidas de manejo ambiental, de las medidas de seguimiento y monitoreo y de las demás obligaciones adquiridas en la licencia ambiental; dicho informe debe estar acompañado de la base de datos geográfica (GDB),[2] a través de la cual se identifica espacialmente toda la información relacionada con el proyecto, obra o actividad. Esta base de datos geográfica permite que la ANLA pueda procesar datos, espacialmente, y valide la información presentada por el solicitante con herramientas tecnológicas como el SIAC; el Sistema de Información Geográfica de la ANLA, y el SIGWEB, que está alimentado por información oficial de otras entidades del estado, como SGC, IGAC, Parques Nacionales Naturales de Colombia, CAR, Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt, entre otras.

Adicionalmente, la ANLA cuenta con el instrumento de regionalización, que ha sido concebido como un instrumento de gestión de conocimiento para la planificación y gestión del licenciamiento ambiental en la toma de decisiones de la evaluación y seguimiento de licencias ambientales. Incorpora una visión regional, integral y dinámica, y parte del conocimiento territorial que resulta de la interacción con entidades territoriales y sus instrumentos de planificación, que en conjunto aportan a un análisis que contempla consideraciones socioeconómicas, bióticas, abióticas y de zonificación.

Dicha información se materializa en modelos de análisis regional y reportes especializados, que incluyen resultados para los componentes abiótico, biótico y socioeconómico en áreas priorizadas, según criterios de intervención histórica de sectores productivos que requieren de licenciamiento ambiental. Es así como desde el año 2014, se han generado análisis por componente para las regiones de Casanare, Meta, el corredor portuario Ciénaga-Santa Marta, Cesar, Putumayo, Caquetá y Valle Medio Magdalena, entre otras.

La información generada por el instrumento de regionalización permite orientar a los funcionarios y contratistas de la entidad en la evaluación y seguimiento a los impactos acumulativos de las actividades reguladas y no reguladas; generar ajustes permanentes a los procedimientos internos de evaluación y seguimiento, así como la verificación periódica de actos administrativos y conceptos que permiten el mejoramiento continuo de la entidad.

En caso de que se identifiquen impactos ambientales adicionales a los previamente identificados o en caso de que la expedición de normativa ambiental esté actualizada, entre otros, la ANLA, en el marco de sus funciones, vía seguimiento, puede realizar ajuste a las obligaciones establecidas

---

[2] Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Resolución 2182/16, de 23 de diciembre.

inicialmente o establecer obligaciones adicionales, partiendo de que su función y objeto se encuentran encaminados a garantizar que los proyectos, obras o actividades contribuyan al desarrollo sostenible ambiental del país.

Litigio constitucional y protección al ambiente

Temas orientadores:

1. Efectos de la defensa del medio ambiente por vías indirectas, amparo de mecanismos de participación ciudadana y consultas previas, más no en función del ambiente en sí mismo.
2. La forma en que la Corte ha abordado los debates técnicos de los cuales depende la resolución de las controversias judiciales; cómo el juez ha podido entablar un diálogo fluido con las disciplinas que suministran insumos y elementos de juicio de control judicial.
3. Cambios y trasformaciones provocados por las decisiones de la Corte en los estándares de protección del medio ambiente.

En relación con las repercusiones de las decisiones de la Corte, a continuación se presenta la respuesta a cada planteamiento, para lo cual se tomó como referencia las sentencias T-704 de 2016 y T-606 de 2015.

Efectos de la defensa del medio ambiente por vías indirectas, amparo de mecanismos de participación ciudadana y consultas previas, más no en función del ambiente en sí mismo

A continuación, se realizan las apreciaciones sobre los impactos institucionales que para la ANLA representan las decisiones de la Corte Constitucional basadas en mecanismos indirectos para la protección del ambiente, tomando dos ejemplos representativos de fallos que consideramos que marcaron precedente de alta importancia y que nos ayudan a entender su efecto sobre la autoridad ambiental.

En primer lugar, la Sentencia T-704 de 2016, que se refiere a la acción de tutela instaurada por la comunidad indígena Media Luna Dos en contra de la ANLA, "en procura de la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa, ambiente sano, salud y debido proceso".[3]

Ante todo, es pertinente señalar que la ANLA es la encargada de que los proyectos, obras o actividades (POA) sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental cumplan con la normativa ambiental, de tal manera que contribuyan al desarrollo sostenible del país; para el cumplimiento de su misión, la entidad realiza la evaluación y seguimiento ambiental de

[3] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-704/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), 2.

los POA de su competencia, de manera transparente, objetiva y oportuna, con altos estándares de calidad técnica y jurídica, y de conformidad con la ley y los reglamentos, para lo cual se basa en un marco institucional regulado[4] relacionado con un sistema de evaluación ambiental técnico-administrativo de licenciamiento ambiental de proyectos.

Ahora bien, al tratarse de la ejecución de obras o actividades que implican impactos ambientales, en lo relacionado con el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas se deben surtir los procedimientos establecidos para determinar la necesidad o no de iniciar el proceso de consulta. Este le corresponde al Ministerio del Interior, conforme a las competencias otorgadas por la normativa de "formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar la política pública, planes, programas y proyectos en materia de […] consulta previa la cual se desarrollará a través de la institucionalidad que comprende el Sector Administrativo";[5] para ello, a través de su Dirección de Consulta Previa, se adelanta lo relativo a "expedir certificaciones desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos".[6] En este sentido, también se encuentra un marco institucional regulado[7] que acoge esta materia.

Con relación a lo anterior, se observa la existencia de dos arreglos institucionales: el licenciamiento ambiental y la consulta previa, los cuales se interceptan porque la ejecución de obras o actividades que implican impactos ambientales pueden afectar la integridad cultural, social y económica de las comunidades étnicas, razón por la cual desde la entidades encargadas se han generado los instrumentos y procedimientos que permitan el funcionamiento integrado de los arreglos para garantizar el derecho a la consulta por parte de las comunidades étnicas.

En este sentido, conforme al marco institucional los interesados en la licencia ambiental de un POA deben presentar ante la ANLA la certificación emitida por "el Ministerio del Interior sobre la presencia o no de comunidades étnicas y de existencia de territorios colectivos en el área del Proyecto, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones relacionadas con el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa".[8] Cuando de conformidad con las certificaciones emitidas por la entidad competente, en el área de intervención del proyecto se registre presencia

---

4 Compilado en el Decreto 1076/15, de 26 de mayo.

5 Ministerio del Interior, Decreto 2893/11, de 11 de agosto.

6 Ibíd., 13.

7 Compilado en Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1076/15, de 26 de mayo.

8 Ibíd., artículo 2.2.2.3.6.2, numeral 7.

de comunidades étnicas, se deben incluir mecanismos de participación, teniendo en cuenta lo establecido para tal fin en la normativa vigente, especialmente la relacionada con el procedimiento de consultas previas.

No obstante lo anterior, las disposiciones de la Corte Constitucional frente a su afirmación de que el certificado expedido por el Ministerio del Interior no tiene carácter dirimente y exclusivo,[9] tal como se indica en la Sentencia T-704 de 2016, han tenido para la ANLA impactos institucionales, en la medida en que se le trasladan competencias referentes a la procedencia de la consulta previa, que hacen parte de las funciones del Ministerio del Interior: "No es posible descartar la existencia de comunidades étnicas y por tanto la realización de la consulta, por el hecho de que así lo haya manifestado el Ministerio del Interior a través del citado certificado",[10] sino que además

> es deber de las autoridades que intervienen en el proceso, especialmente de la ANLA y de la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, y de los particulares, verificar la procedencia de la consulta basándose no exclusivamente en el espacio físico en el que se desarrollará el proyecto, ampliación, etc. que fue aportado por el particular interesado, sino, conforme a las normas vinculantes en la materia y la garantía de derechos étnicos, para así determinar la existencia o no de comunidades en el sector que deban ser consultadas.[11]

Por lo tanto, pese a que la ANLA, ante situaciones en que se requiere aclaración por una posible vulneración al derecho de la consulta previa durante un trámite de evaluación ambiental de un POA, solicita al Ministerio del Interior la verificación de su pronunciamiento en la certificación y acata los pronunciamientos de ese Ministerio, en el entendido de que este, por medio de su Dirección de Consulta Previa, cumple con la función de "realizar las visitas de verificación en las áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, a fin de determinar la presencia de grupos étnicos, cuando así se requiera".[12]

En este sentido, la procedencia de la consulta previa en el marco de los POA sujetos a licencia ambiental para la ANLA se ha constituido en un asunto crítico en la legitimidad de su toma de decisiones, en tanto los instrumentos y actuaciones dispuestos para tal fin desde el ente competente no están garantizando la seguridad jurídica en términos de protección de derechos fundamentales de las comunidades étnicas, como es referido en

---

9 Oficina Asesora Jurídica ANLA, Memorando 2017042746-3-001 del 1.º de agosto de 2017.

10 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-704/16 (M. P. Luis Ernesto vargas Silva), 32.

11 Ibíd, 54.

12 Presidencia de la República de Colombia, Decreto Ley 2893/11, de 11 de agosto, artículo 12, numeral 4.

la Sentencia T-704 de 2016. En consecuencia, a pesar de que la ANLA actúa en el marco de sus competencias y en cumplimiento de sus objetivos, los cambios en el arreglo institucional de la consulta previa proveniente de las decisiones de la Corte Constitucional han representado:

- Impacto en la imagen institucional, en tanto el quehacer de la entidad se cuestiona desde las actuaciones que competen a otra entidad.
- Impacto en el relacionamiento institucional, en la medida que la ANLA termina involucrándose en los pronunciamientos del Ministerio del Interior al solicitar la verificación de su actuación. En este sentido, para la ANLA es menester hacer presunción de legalidad de los pronunciamientos del Ministerio del Interior, como entidad encargada de los asuntos de comunidades étnicas y de las funciones delegadas con respecto a la consulta previa.
- Impacto en las decisiones de la ANLA porque se deslegitiman y se generan reprocesos en sus pronunciamientos.
- Traslado de competencias en materia de consulta previa, que no han sido facultadas en las funciones de la ANLA y sobre las cuales no se tienen las competencias.

En conclusión, para la ANLA, que la Corte utilice mecanismos indirectos en las sentencias para la protección del ambiente, como la consulta previa, se ha convertido en un aspecto relevante, en tanto la jurisprudencia en algunos casos es ambigua para establecer el alcance y forma de actuación de la entidad, y puede poner en conflicto el cumplimiento de la ordenanza y el marco normativos existente. Por ejemplo, en el caso de la Sentencia T-704 el pronunciamiento de la Corte Constitucional coloca a la ANLA en el mismo nivel del Ministerio del Interior, quien es el principal responsable facultado en materia de consulta previa y comunidades étnicas. En consecuencia, la indeterminación en este asunto se mantiene, por cuanto la forma actual de integración de los dos arreglos institucionales (la certificación del Ministerio del Interior sobre la certificación de presencia de comunidades étnicas) continúa siendo uno de los principales cuestionamientos de la Corte y hay ausencia de reglas que ordenen de forma consecuente con las competencias y funciones de las entidades (Ministerio del Interior y ANLA) los pronunciamientos de la Corte.

Debates técnicos en resolución de las controversias judiciales: ¿cómo el juez ha podido entablar un diálogo fluido con las disciplinas que suministran insumos y elementos de juicio de control judicial?

Sin duda alguna, las decisiones de la Corte Constitucional han tenido aportes significativos para el país, sin embargo, como es mencionado en el documento preparatorio del debate, titulado "Litigio constitucional y protección al ambiente", se evidencia un gran riesgo en la toma de decisiones de la Corte referente a la resolución de controversias judiciales en materia ambiental cuando los importantes argumentos se basan en temáticas técnicas especializadas. En este sentido, la Corte realiza consultas a profesionales externos idóneos en las áreas técnicas de que tratan las problemáticas, pero indudablemente surgen las siguientes dificultades:

- Si bien las ciencias son exactas, las mediciones de fenómenos ambientales de proyectos objeto de estudio siempre tendrán un grado de incertidumbre. Por lo tanto, si la Corte debe realizar un análisis propio e independiente de temáticas técnicas especializadas, esto puede resultar en la aplicación del principio de precaución en más ocasiones de las necesarias. En consecuencia, se puede presentar redundancia de acciones de evaluación y/o seguimiento a proyectos cuyo cumplimiento conlleva detener actividades de los profesionales de la entidad para reenfocarlos a temas ya resueltos. Adicionalmente, se requiere de una reasignación de recursos económicos del Estado a actividades ya ejecutadas con suficiente rigor. Por lo tanto, es de suma importancia que la Corte dé un alto valor a los estudios técnicos realizados por las autoridades ambientales.
- En algunos casos existe un limitado contexto por parte de los profesionales consultados por la Corte en relación con el seguimiento por parte de la ANLA a los proyectos. Por ejemplo, el caso de la sentencia sobre Cerrejón, T-704 de 2016, es un expediente con seguimiento de más de veinte años, y la Corte otorga tan solo 10 días calendario a los expertos consultados para la resolución de preguntas como: "¿Cuál es el impacto ambiental del proyecto el Cerrejón, en general, y, en particular, la ampliación del Puerto Bolívar, sobre las comunidades étnicas que habitan el sector, especialmente, de la comunidad Media Luna Dos?". La respuesta a este interrogante está contenida en análisis extensos y muy completos, en estudios de impacto ambiental (EIA), en informes de cumplimiento ambiental (ICA) y en conceptos técnicos, cuya revisión por parte de los expertos consultados por la Corte difícilmente se puede cumplir en el plazo otorgado.

Es por esto que, para el caso de la Sentencia T-704 de 2016, los argumentos decisivos que exponen los profesionales expertos en calidad del aire que asesoran técnicamente a la Corte no son el resultado de análisis rigurosos de modelación e información meteorológica con dispersión de contaminantes del caso en particular, sino que son de índole genérica, basados en un ejercicio comparativo de datos de monitoreo con el límite mínimo de PM_{10} recomendado por la OMS en 2005. De otro lado, la afirmación "hay pocas pruebas que indiquen un umbral por debajo del cual no quepa prever efectos adversos en la salud",[13] que motiva el pronunciamiento de la Corte acerca de que "la Sala encuentra que las partículas suspendidas en el aire originadas por la explotación de carbón pueden tener efectos negativos sobre las comunidades del sector, incluida la demandante", pone de manifiesto las siguientes inconsistencias de tipo técnico:

1. Se comete el error de asumir que el PM_{10} medido por las estaciones de monitoreo es directamente del material de la mina. Los monitoreos de calidad del aire miden toda clase de partículas en el aire (humo de cocción con leña, polvo de vías no pavimentadas, partículas de actividades de construcción, hornos, calderas, etc.), y no es selectivo para carbón. Es decir que se requiere de un análisis del material particulado recolectado para conocer la proporción de los componentes y entender su posible origen; únicamente de esta forma se pueden estimar los aportes de carbón posiblemente asociados a la actividad minera y realizar alguna afirmación al respecto.[14]
2. Como se había mencionado con anterioridad, el análisis técnico de calidad del aire incluido por la Corte en la sentencia carece de contexto de modelación de dispersión de contaminantes y análisis de meteorología de la zona. Las partículas en el aire son transportadas por el viento y, por lo tanto, es imperativo conocer la procedencia de las partículas objeto de medición en las estaciones para descartar o adjudicar los registros de concentración de partículas a fuentes emisoras de contaminantes en su entorno. De nuevo, se asume en el contenido de la sentencia que todo lo medido en la campaña de monitoreo es carbón y que son mediciones directas de la actividad minera licenciada.
3. El profesional de apoyo a la Corte Constitucional realiza comparación de resultados de PM_{10} de los monitoreos con el límite

---

13 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-704/16 (M. P. Luis Ernesto vargas Silva), 57.

14 Los análisis mineralógicos de los filtros de monitoreos del Proyecto, realizados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), se encuentran disponibles en el expediente LAM1094 del proyecto Cerrejón.

mínimo de la OMS de 2005 y se omite el contexto de que ningún país desarrollado de la Unión Europea ni de la norma federal americana emplea los límites de la OMS como estándares normativos. Adicionalmente, la OMS dice en el mismo documento de referencia usado por los profesionales en aire que apoyaron a la Corte que "las normas nacionales varían en función del enfoque adoptado con el fin de equilibrar los riesgos para salud, la viabilidad tecnológica, los aspectos económicos y otros factores políticos y sociales de diversa índole, que a su vez dependerán, entre otras cosas, del nivel de desarrollo y la capacidad nacional en relación con la gestión de la calidad del aire. En los valores guía recomendados por la OMS se tiene en cuenta esta heterogeneidad y se reconoce, en particular, que cuando los gobiernos fijan objetivos para sus políticas deben estudiar con cuidado las condiciones locales propias antes de adoptar las guías directamente como normas con validez jurídica".[15]

Por lo anterior, la OMS no cuenta con un único valor límite de PM_{10}, sino con cuatro límites diferentes, consecuentes con los avances graduales que son aconsejables para un país (tabla 1).

Tabla 1. Límites por objetivo de calidad del aire para PM_{10} de la OMS

	GUÍA OMS 2005		RESOLUCIÓN MADS 610 DE 2010		NUEVA NORMA MADS PARA 2018 EN CONSULTA PÚBLICA (28 DE AGOSTO A 04 DE SEPTIEMBRE DE 2017)	
	24 horas	Anual	24 horas	Anual	24 horas	Anual
Objetivo intermedio 1 (OI-1)	150	70	-	-	-	-
Objetivo intermedio 2 (OI-2)	100	50	100	50	-	50
Objetivo intermedio 3 (OI-3)	75	30	-	-	75	30 (para 2030)
Guía de calidad del aire (GCA)	50	20	-	-	-	-

Fuente: Organización Mundial de la Salud, *Guías de calidad del aire, op. cit.* y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS), Resolución 2254/17, de 1.º de noviembre.

Como se pude evidenciar, Colombia cuenta con límites válidos de la OMS, en los cuales se encuentran los objetivos intermedios para PM_{10} OI-2, establecidos por la misma entidad. Adicionalmente,

[15] Organización Mundial de la Salud (OMS), *Guías de calidad del aire de la OMS relativas al material particulado, el ozono, el dióxido de nitrógeno y el dióxido de azufre: actualización mundial 2005* (2005), http://bit.ly/2UHLOvN

para el año 2018, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible proyecta avanzar al objetivo intermedio 3, solo para el límite 24 horas, y el límite anual del objetivo intermedio 3 únicamente hasta el año 2030.

4. Por otro lado, los profesionales expertos en aire consultados por la Corte Constitucional no mencionan que la norma nacional de calidad del aire (Resolución 610 de 2010), así como el Protocolo para el Monitoreo y Seguimiento de la Calidad del Aire del IDEAM adoptan el índice de calidad del aire (ICA) de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (USEPA). Este índice asocia directamente los efectos en salud resultado de la exposición a diferentes concentraciones de partículas, el cual arroja resultados claros de los impactos en salud asociados a las mediciones de calidad del aire para el caso Cerrejón. La escala de efectos en la salud relacionada con la concentración se presenta en la tabla 2.

Tabla 2. Índice de acuerdo con el Protocolo para el Monitoreo y Seguimiento de la Calidad del Aire (MADS)

ÍNDICE DE CALIDAD DEL AIRE (ICA-USEPA)	COLOR Y CLASIFICACIÓN	PM_{10}, 24H (MG/M^3)
0-50	Buena	0-54
51-100	Moderada	55-154
101-150	Dañina a la salud de grupos sensibles	155-254
151-200	Dañina a la salud	255-354
201-300	Muy dañina a la salud	355-424
301-400	Peligroso	425-504
401-500	Peligroso	505-604

Fuente: IDEAM, *Informe del estado de la calidad del aire en Colombia 2016* (Bogotá: Autor, 2017), 72.

Por ejemplo, para la serie de datos del año 2016, se evidencia que para las estaciones del proyecto la calidad del aire se ubicó durante todo el año en las categorías buena y moderada, con más del 75 % del tiempo en la categoría buena.

- Con relación a los otros componentes, como temas hídricos, geológicos y de ecosistemas, se generan a lo largo de la sentencia afirmaciones como las siguientes: "Dado que el área fue definida considerando el componente atmosférico, esta delimitación no garantiza que no exista afectación de otra naturaleza como por ejemplo la contaminación por aguas de minería proveniente de procesos de escorrentía superficial principalmente en el sector central, tajo 100 y Oreganal, y

sector Patilla, que evidentemente se incrementarán con el aumento de explotación en los tajos"[16] y "Otro efecto negativo ha sido la contaminación del aire y la exterminación de los ecosistemas tropicales por causa de la práctica extractiva".[17]

Estas afirmaciones se encuentran fuera del contexto del proyecto. Si bien se identifica el componente atmosférico como de gran importancia para contemplar los impactos de la actividad, esto no indica de ninguna manera que no se considere la evaluación de los posibles impactos en los otros componentes. Es por esto que se elaboró el Plan de Manejo Ambiental (PMA), que comprende: programas de manejo ambiental, Plan de Seguimiento y Monitoreo, Plan de Contingencias/ Plan de Gestión del Riesgo y Plan de Desmantelamiento y Abandono.

Para el componente abiótico se contemplan fichas de manejo, como por ejemplo:

- PBF-01. Manejo del drenaje superficial del río Ranchería y tributario.
- PBF-02. Manejo de acuíferos del río Ranchería (cuaternario) y acuíferos terciarios intervenidos por la operación minera.
- PBF-03. Manejo de aguas lluvias y de escorrentía.
- PBF-04. Manejo de emisiones atmosféricas: material particulado y ruido.
- PBF-09. Residuos no peligrosos.
- PBF-10. Manejo integral de residuos sólidos especiales (RSE).
- PBF-11. Manejo de aguas residuales domésticas (ARD).
- PBF-12. Manejo de aguas residuales mineras (ARM). Por ejemplo, Cerrejón desarrolló un modelo para optimizar el manejo del recurso hídrico, mediante el cual se establecen las fuentes que abastecerán las demandas del complejo minero, una de las cuales son las aguas residuales mineras. El modelo se actualizará cada año con el fin de optimizar la utilización del recurso, teniendo como base las demandas estimadas y la disponibilidad del agua. Dentro de los resultados que dará el modelo se encuentra la disponibilidad de agua en los embalses (agua residual minera) en un periodo de tiempo y cuál será su uso.
- PBF-13. Manejo de aguas residuales y desechos industriales (ARI).

---

16 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-704/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), 53.

17 Ibíd., 56.

- PBF-14. Manejo integral de las lagunas de almacenamiento y sedimentación.
- PBF-17. Manejo de hidrocarburos.

Todas estas fichas están a disposición de la honorable Corte para su revisión, en ellas se identifican los impactos, tipos de medidas implementadas, así como la efectividad de su implementación dentro del seguimiento integral del Plan de Manejo Ambiental, que contempla en detalle cada una de las temáticas expuestas.

En conclusión, el limitado contexto de los asesores técnicos, debido entre otras cosas, al corto tiempo otorgado para estudiar el caso, así como las dificultades de la honorable Corte para analizar de forma independiente con criterio técnico la información proveída por los expertos lleva a una subestimación del trabajo de años realizado por la ANLA y un impacto trascendental en la credibilidad técnica de la entidad a raíz del cuestionamiento de sus decisiones.

Cambios y trasformaciones provocadas por las decisiones de la Corte en los estándares de protección del medio ambiente

Los cambios y trasformaciones en los estándares de protección se presentan en los procesos relacionados directamente con las sentencias, en donde la entidad debe estructurar planes de trabajo específicos para atender lo requerido por la Corte y cuyos resultados pueden conllevar ajustes en las medidas de manejo ambiental y en las decisiones tomadas por ANLA con respecto a la evaluación y seguimiento de proyectos. Sin embargo, teniendo en cuenta que las órdenes de la Corte corresponden a decisiones puntuales y a proyectos o situaciones específicas, y adicional a ello que no traen consigo modificaciones directas sobre los marcos normativos, se dificulta que trasciendan a cambios o transformaciones institucionales en los procedimientos de la evaluación y el seguimiento ambiental. En consecuencia, en aras de mantener y preservar la estabilidad jurídica del accionar de la entidad, no se generan grandes cambios en los estándares vinculados con el licenciamiento ambiental, derivados de las decisiones de la Corte hasta que no se conviertan en sentencia de unificación.

No obstante, es importante resaltar que las decisiones de la honorable Corte Constitucional, en la instauración de mecanismos de coordinación interinstitucional para resolver asuntos ambientales en los que es necesaria la cooperación de las diferentes entidades del Estado, se constituye en una importante herramienta para la atención conjunta y coordinada de acciones en pro de la preservación del medio ambiente. Lo anterior se evidencia en la Sentencia T-606 de 2015, en la cual se ordena la coordinación

y cooperación interinstitucional con el propósito de resolver un problema del desarrollo sostenible en el que confluyen intereses del orden nacional, regional y local, y que además trasciende la capacidad y competencia de una sola entidad. En este sentido, la actuación de la Corte resuelve la articulación institucional al volverla preceptiva; en este marco, las entidades se ven obligadas a participar, desde su competencia, en la construcción de un objetivo común, como es el caso del diseño del Plan Maestro de Protección y Restauración del Parque Natural Tayrona.

Ahora bien, aunque por parte de la ANLA se reconocen y cumplen las disposiciones de la Corte Constitucional, bajo los estándares de protección del medio ambiente, no obsta para que estas repercutan en la pérdida de confianza institucional en razón de que las decisiones técnicas no siempre son percibidas como adecuadas por parte de algunas comunidades, autoridades y otros actores. Por ejemplo, con el cumplimiento de la Sentencia T-606, la participación de la ANLA en la mesa técnica para la elaboración del Plan Maestro de Protección y Restauración del Parque Natural Tayrona ha significado para la entidad la desfavorabilidad de su imagen en las comunidades pescadoras presentes en la mesa, en razón a las percepciones negativas de estas comunidades sobre la capacidad del Estado en la resolución de sus necesidades.

Ejemplos de costos estimados para el cumplimiento de la Sentencia T-606 de 2015

A continuación, se presentan los costos en que incurrirá la ANLA para cumplir con las obligaciones establecidas en la Sentencia T-606 de 2015. Es importante resaltar que los costos proyectados ya incluyen costos misionales de la ANLA, que se proyectan en labores de seguimiento, y que la entidad dispone de ellos de manera independiente del cumplimiento de dicha sentencia.

Los costos estimados de dichas actividades a diez años se presentan en la tabla 3.

Desarrollo sostenible

El artículo 3 de la Ley 99 de 1993 determina lo siguiente del concepto de *desarrollo sostenible*:

> Se entiende por desarrollo sostenible el que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades.[18]

Es este sentido, a manera de ejemplo, a continuación se presentan los efectos positivos asociados a la implementación de las compensaciones del proyecto minero Cerrejón que trata la Sentencia T-704 de 2016.

Efectos positivos asociados a la implementación de las compensaciones del proyecto minero del Cerrejón como ejemplo de desarrollo sostenible

La implementación de acciones de conservación de la biodiversidad, en el marco del licenciamiento ambiental, tienen como hecho generador la remoción de la cobertura vegetal, que da origen a las medidas de manejo del PMA, como es el caso de la rehabilitación de tierras del proyecto minero Cerrejón; y la afectación de los ecosistemas y coberturas asociadas, que motivan las compensaciones ambientales, de nivel nacional y regional.

Debido a que los hechos que motivan las acciones implican la transformación y reducción de las áreas de interés para el mantenimiento de la biodiversidad nacional y regional, no implican un beneficio en sí mismo. Esta situación se agudiza si se considera que los efectos positivos que se puedan generar como consecuencia de las acciones de rehabilitación de áreas degradadas por minería; las actividades de restauración pasiva y activa en términos de consolidar corredores de conservación para objetivos de conservación filtro fino con amplia distribución regional, y la conectividad entre determinantes ambientales, como los Montes de Oca y la Serranía del Perijá, que consolidan los escenarios idóneos para el flujo genético de especies de fauna silvestre, no deberán ser confundidos con beneficios generados por las compensaciones, en tanto que corresponden a las únicas acciones que dispone la norma colombiana ante impactos que no lograron ser manejados tras el desarrollo del PMA por acciones de prevención, corrección y compensación (figura 1).[19]

---

[18] Congreso de la República de Colombia, Ley 99 de 1993, de 22 de diciembre, artículo 3.

[19] Véase Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS), *Informe de gestión 2015* (s. l.: Autor, 2016), http://bit.ly/2L4BM8x

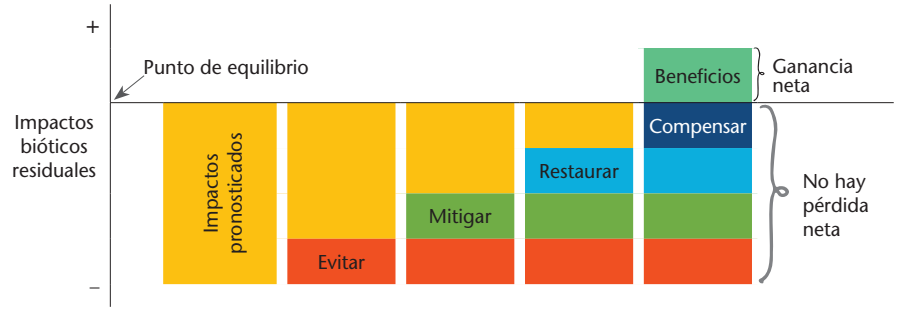

Figura 1. Alcance de las compensaciones por pérdida de biodiversidad
Fuente: tomado, con modificaciones, de International Institute for Sustainable Development (IISD), *Manual de capacitación sobre la evaluación del impacto ambiental* (s. l.: Autor, 2016), 22.

Sin embargo, sí se pueden contemplar como efectos positivos de carácter regional y con una persistencia en el tiempo equivalente a la afectación generada. Resultado del interés en determinarlos, se contempló como escenario aquel en donde la generación de áreas nodos en el paisaje se presentan como los eslabones para la instalación y articulación con otras medidas de manejo, independientemente de que correspondan o no a obligaciones que tienen su origen en el licenciamiento ambiental, pero que buscan un fin común: la persistencia de especies sombrilla, como es el caso de los grandes mamíferos: el jaguar y el tigrillo, a los cuales se asocia una amplia gama de atributos ecosistémicos, de funciones y de infraestructura para la prestación de servicios ecosistémicos, culturales y de soporte, principalmente.

Se resalta que, de manera preliminar, se identifica la generación de efectos positivos para las comunidades indígenas asentadas en cercanías de los predios, los cuales podrían estar vinculados a los procesos de desarrollo sostenible que se desarrollen con el fin de generar veeduría en el territorio en la consolidación de corredores de conservación del bosque seco tropical, que, debido a sus condiciones de microhábitat, altura y composición de especies, se relaciona con condiciones atípicas para la prestación de funciones y servicios ecosistémicos.

En el entendido de que la propuesta allegada es de carácter preliminar y los criterios señalados en el párrafo anterior no se especificaron en el documento, la ANLA identificó los elementos presentes en el documento que Cerrejón dispuso en términos de la posibilidad de recrear bienes y servicios ecosistémicos que se sustentan como puentes para los cambios en el bienestar humano que podrían percibir las poblaciones a nivel local y regional como consecuencia de la implementación de acciones de conservación en zonas mineras.

En el documento preliminar, titulado "Propuesta metodológica de compensación ambiental integral por pérdida de biodiversidad", entregado

por Carbones de Cerrejón Limited, mediante radicado n.º 2017065120-1-000 del 2017, se plantea como objetivo "garantizar que las medidas de compensación [...] permitan la conservación efectiva y/o la restauración ecológica de las áreas próximas a la operación minera y microcuencas tributarias del río Ranchería, alrededor del complejo minero Cerrejón, donde se encuentran áreas priorizadas y ecológicamente equivalentes", el cual tiene como alcance

> avanzar en estrategias de conservación permanente que mejoren las condiciones de la biodiversidad en áreas que ha sido sujeto de transformación por terceros (deforestación, ganadería, etc.), que por sus características y estatus legal actual (como el caso de la Reserva Forestal Montes de Oca y el Distrito de Manejo Integrado de la Serranía de Perijá) deben ser conservadas en virtud de su papel vital en la conectividad regional de áreas estratégicas.

En consecuencia, la ANLA identificó algunos de los atributos ecosistémicos definidos por Carbones de Cerrejón Limited, los cuales, una vez implementada la propuesta, podrían reflejarse en términos de la rehabilitación de las coberturas afectadas del ecosistema del bosque seco tropical donde se generaron los impactos residuales, es decir, donde se proyectó el desarrollo de actividades y obras asociadas a la infraestructura del proyecto minero.

En atención a que el cálculo actualizado sobre el área total a impactar y a compensar (cuánto); la selección de los predios en los que se implementarán las acciones (dónde) y los diseños específicos que contemplan el desarrollo de herramientas bióticas, herramientas de paisaje e instrumentos económicos (cómo, en términos de las condiciones de modo, tiempo y lugar) está pendiente de ser remitida,[20] esta autoridad realizó la identificación de los posibles servicios ecosistémicos que se podrían desencadenar bajo el entendido de que la implementación de acciones de rehabilitación y reforestación protectoras podrían consolidar las hectáreas de compensación como unidades proveedoras de servicios ecosistémicos directos o indirectos, tal como se sintetiza en la figura 2.

En este punto se resalta que dentro del enfoque ecosistémico propendido por el MADS,[21] los bienes y servicios ecosistémicos se constituyen como los atributos de especial importancia para el encadenamiento del bienestar humano. Aspecto que ha llamado la atención en las condiciones del Caribe

---

[20] Señala la empresa que dicha información será generada una vez se apruebe la propuesta y que proyecta el desarrollo de 3870 ha (correspondientes a actos administrativos históricos [2007-2016] y futuros [2019 en adelante]), con la respectiva actualización o cuantificación de áreas proyectada para finales de 2017.

[21] Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, *Informe de gestión 2012*, http://bit.ly/2Px4Cx9

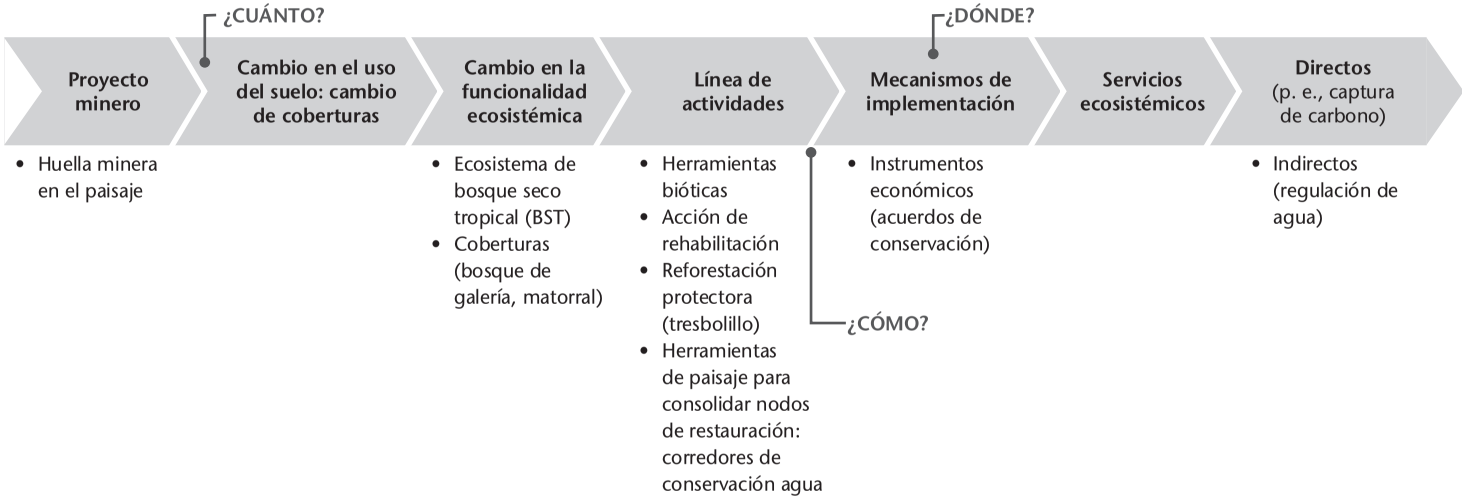

Figura 2. Síntesis conceptual de la propuesta de compensación

Fuente: elaboración propia, con base en Carbones de Cerrejón Limited (2017).

colombiano, donde las apuestas por la conservación de la biodiversidad se enmarcan en la notoria reducción en su distribución a nivel nacional, pese la prestación de múltiples funciones ecosistémicas, se asocian a alta relictualidad y baja conectividad y se constituyen como aquellos que más transformación y pérdida de hábitats han sufrido en el país.

Tal es el caso del bosque seco tropical (BST), que según los cálculos de Aldana-Domínguez,[22] tan solo ascendía al 1,5 % de su cobertura original, con la consecuente reducción de especies de fauna silvestre, como es el caso del tití cabeciblanco, especie endémica del Caribe y en peligro crítico de extinción.

La propuesta del plan de extracción minera de Cerrejón para hacerle frente a los impactos negativos propios de las obras y actividades se enfoca en consolidar nodos de restauración tendiente a la conservación de las determinantes ambientales de interés regional.[23]

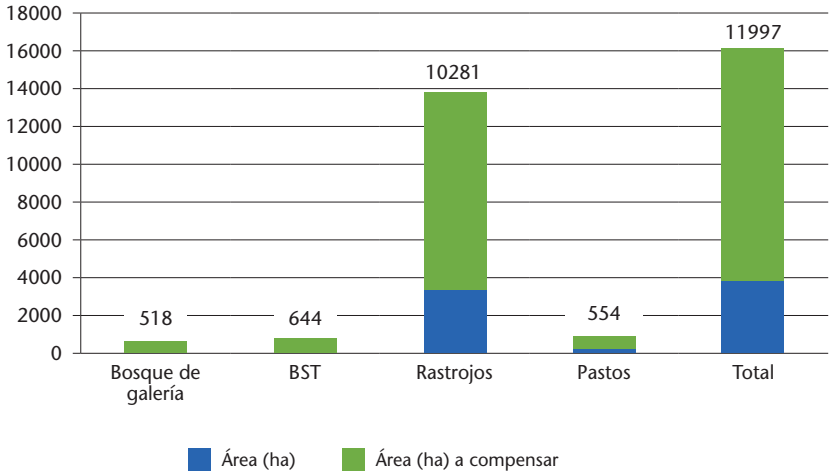

Figura 3. Proyección de áreas para desarrollar reforestación protectora
Fuente: Carbones de Cerrejón Limited, 2017.

Si bien en la propuesta de Carbones de Cerrejón Limited no se precisan los cambios positivos conducentes al bienestar de las comunidades locales y regionales, asociadas a la implementación de las compensaciones integrales, siguiendo los lineamientos que sobre este asunto fueron definidos

---

22 Juanita Aldana-Dominguez, *Biodiversidad caribe y servicios ecosistémicos*, http://bit.ly/2GBvPe0

23 Aunque para consolidarlo como dato sería preciso que Cerrejón remitiera la cuantificación de los beneficiarios asociados a los efectos positivos que se podrían desencadenar del plan de compensaciones, bajo el escenario de aprobación por parte de la ANLA.

por el MADS en 2012 y 2015, las acciones de reforestación protectora se podrían vincular a herramientas de paisaje en aras de consolidar procesos de rehabilitación funcional de los ecosistemas y la generación de servicios ecosistémicos, bien de forma directa o indirecta (figura 3).

Como un ejercicio de análisis preliminar basado en la propuesta de clasificación de los servicios ecosistémicos de Balvanera *et al.*,[24] se realizó la identificación de los posibles servicios ecosistémicos de interés de Carbones de Cerrejón Limited, para ser medibles en campo, una vez se cuente con la aprobación por parte de la ANLA. Este análisis se sintetiza en la tabla 4.

Tabla 4. Servicios ecosistémicos, escenario de reforestación protectora

PROVISIÓN	Alimentos		X
	Madera		X
	Productos no madereros	X	
	Producción potencial de mejoras agroproductivas	X	
	Potencial de forraje	X	
	Hábitat de fauna silvestre terrestre[a]	X	
CULTURALES	Generación de conocimiento y educación comunitaria: académica[b]	X	
	Investigación poblacional de especies y distribución	X	
	Paisaje y recreación[c]	X	
	Enfoque de nodos de restauración[d]	X	
	Seguridad jurídica de predios		X
SOPORTE	Reducción de presiones[e]	X	X
	Captación y almacenamiento de carbono.	X	X
	Conectividad SNSM-Serranía del Perijá[f]		X
	Consolidación de corredores de conservación de ODC filtro fino y filtro grueso		X
REGULACIÓN	Cobertura vegetal	X	
	Formación de suelos (MO)		X
	Generación de banco de semillas		X
	Dispersión de semillas		X
	Regulación climática regional		X
	Regulación climática local		X
	Aporte indirecto a la regulación hídrica[g]		X

[a] Asociado a especies sombrilla de distribución natural, como es el caso del jaguar.
[b] Asociado a las actividades a implementar enmarcadas en la restauración-conservación-desarrollo sostenible.
[c] Vivero.
[d] En sinergia con las metas de planificación y ordenamiento regional. Y como una barrera a las presiones mineras y agropecuarias de la matriz circundante.
[e] Actividades a desarrollar en "predios periféricos al complejo minero y en predios propios de la empresa".
[f] En el documento se menciona la posibilidad de aprovechar todas las acciones de restauración y compensación emprendidas por Cerrejón. Su cuantificación es neurálgica para la identificación del carácter del servicio ecosistémico asociado.
[g] Carbones de Cerrejón Limited señala como alcance de las compensaciones el efecto positivo indirecto y a largo plazo denominado "recarga hídrica y protección de las fuentes superficiales".

Fuente: ANLA, con base en Cerrejón (2017) y Balvanera *et al.*, "Estado y tendencias de los servicios ecosistémicos", *op. cit.*

[24] Patricia Balvanera *et al.*, "Estado y tendencias de los servicios ecosistémicos", en *Capital natural de México*, vol. II: *Estado de conservación y tendencias de cambio* (México: Conabio, 2009), 185-245.

De acuerdo con el análisis realizado a partir de Balvanera *et al*. (2009), se identifica que en su mayoría los servicios ecosistémicos que se podrían recrear y contemplar como efectos positivos se encuentran dentro de la categoría de culturales y de provisión (asociados a la implementación de herramientas de paisaje, en aras de lograr consolidar procesos sustentables con las comunidades que se asientan en las inmediaciones de las áreas de compensación integrales).

No obstante, aquellos servicios ecosistémicos relacionados con la regulación se podrán evidenciar a largo plazo, puesto que se relacionan con la recuperación o restauración de las funciones ecosistémicas de las comunidades florísticas y faunísticas, así como con la generación de microhábitats. Por su parte, los servicios de soporte se pueden presentar tanto a corto como a largo plazo, según sea el caso.

Las condiciones de modo, tiempo y lugar de la implementación de las compensaciones agrupadas, así como la precisión de áreas que se podrían contabilizar para el mantenimiento de pocos bienes y recreación de servicios ecosistémicos, conducentes al bienestar social dentro de la información a allegar por Cerrejón, pueden redundar en la menor cantidad de servicios ecosistémicos y en un mayor conocimiento de las condiciones que se relacionan con la prestación de estos servicios conducentes al bienestar humano. El ajuste de la propuesta identificando y cuantificando las obligaciones ambientales de diferente índole dentro del proceso de licenciamiento ambiental, según el régimen legal que corresponda (en aras de evitar futuras confusiones o ambigüedades), facilita ubicar los predios a seleccionar para el desarrollo de las actividades que se enmarquen dentro del plan nacional de restauración e identificar los posibles actores asociados, así como los efectos previsibles sobre el medio biótico; establecer variables y criterios claros para la medición, primero, de los objetivos de la compensación y segundo, de los indicadores asociados que permitan medir el encadenamiento con los posibles efectos ambientales positivos, que puedan hacer frente a la degradación generada por la industria minera.

Oportunidades de mejora de la propuesta de compensación

La propuesta señala el desarrollo de actividades de reforestación protectora y restauración, que de acuerdo al diseño proyectado pueden asociarse a la generación de más o menos funciones ecosistémicas, así como de servicios ecosistémicos. Pero para poder darle alcance, es necesario precisar las condiciones de diseño y ejecución, así como la identificación de los beneficiarios locales y regionales.

Las experiencias internacionales que tienen como apuesta la generación de servicios ecosistémicos contemplan como un paso preliminar la

consolidación de los bienes y funciones ecosistémicas que los propicien. Así, se alienta el interés por generar actividades de "cosecha de agua". Sin embargo, se recomienda precisar el alcance de esta meta en la obligación dentro del alcance del licenciamiento ambiental.[25]

Las herramientas de manejo de paisaje, la restauración y/o la reforestación protectora, así como las "mejoras agroproductivas" son tres de las acciones definidas por el MADS para la implementación de las obligaciones de compensación. El esquema de acuerdos voluntarios de conservación es uno de los mecanismos o vehículos que ha sido utilizado por las experiencias en aras de lograr consolidar procesos participativos. Sin embargo, en el entendido de que las metas de compensación tienen como fin la recuperación de los recursos afectados (forestales y recursos naturales contemplados en la Resolución 1791 de 2006 y en la Resolución 1503 de 2010) y la afectación de ecosistemas naturales y vegetación secundaria (pérdida de biodiversidad en vigencia o interés de acogerse al manual de pérdida de biodiversidad de la Resolución 1517 de 2012), se recomienda precisar los diseños que permitan evidenciar tanto en terreno como en el modelo de almacenamiento de datos cómo se dará cumplimiento a la adicionalidad y equivalencia ecosistémica y adicionalmente a la generación de servicios ecosistémicos, de manera que se contribuya al desarrollo sostenible.

Teniendo en cuenta que las acciones de compensación se pueden consolidar como acciones de conservación efectiva en paisajes altamente transformados (tanto temporal como espacialmente), se recomienda puntualizar los criterios o variables de medición a corto plazo que permitirán hallar indicadores a largo plazo.

La investigación local en un área de desarrollo minero se presenta como una oportunidad de articulación de metas regionales, así como de generación de modelos unificados de implementación de procedimientos para el sector minero.

Aunque correspondan a actividades de reforestación[26] o de restauración (rehabilitación), se recomienda definir el alcance, puesto que la principal diferencia en esta última es consolidar la función integral del sistema y no del estado o la calidad de sus componentes. En términos de la función, la recuperación de hábitats de flora y fauna del bosque seco tropical se constituye en un interés nacional y en una apuesta por recrear acciones de conectividad de paisaje a partir de eso.

---

[25] Las dimensiones del proyecto de "cosecha de agua" tienen que ser inferiores a las determinadas por Carbones de Cerrejón Limited como sujetos a licenciamiento ambiental.

[26] Definida por Carbones de Cerrejón Limited como técnicas de reforestación de tresbolillo.

Conclusiones

En conclusión, algunos de los efectos más significativos evidenciados por las decisiones de la Corte Constitucional son:

1. Se resalta un favorecimiento en la articulación interinstitucional de las diferentes entidades del Estado encargadas de la resolución de las problemáticas. Las ordenanzas de las sentencias permiten la disposición de las entidades participantes para adelantar, dentro de sus competencias, la gestión con mayor celeridad, oportunidad y trabajo coordinado, que no se presentan de forma regular fuera del contexto de ellas.
2. Se presenta un impacto en materia de credibilidad y percepción de las entidades del Estado por cuanto se deslegitiman las decisiones tomadas por la ANLA y se generan reprocesos en sus pronunciamientos.
3. No se han generado grandes cambios en los estándares empleados por la ANLA en el marco del licenciamiento ambiental, por cuanto las ordenanzas corresponden a decisiones puntales y a proyectos o situaciones específicas que no traen consigo modificaciones directas sobre los marcos normativos. Se podría lograr mayor transcendencia de los fallos si se convirtieran en sentencias de unificación.
4. El uso de mecanismos indirectos en las sentencias para la protección del ambiente, como la consulta previa, hace que la jurisprudencia en algunos casos sea ambigua para establecer el alcance y la forma de actuación de la ANLA, y puede poner en conflicto el cumplimiento de la ordenanza y los marcos normativos existentes.
5. Se evidencia un riesgo cuando la Corte debe realizar un análisis propio e independiente de temáticas técnicas especializadas que resultarán en resolución de controversias judiciales. En este sentido, surge la posibilidad de invocar el principio de precaución en más ocasiones de las necesarias, y como resultado se incurre en un desgaste administrativo, con redundancia de acciones de evaluación y/o seguimiento y reasignación de recursos económicos del Estado a actividades ya ejecutadas con suficiente rigor.
6. Las ordenanzas de la Corte favorecen los procesos institucionales de autoevaluación en contextos integrales de normatividad vigente para proyectos con licenciamiento, que han sido objeto de desarrollo durante décadas.

Protección al medio ambiente: el Sistema de Parques Nacionales Naturales

JULIA MIRANDA LONDOÑO*

Colombia es uno de los países megadiversos del planeta. Es un país privilegiado por el número de especies de fauna y flora por metro cuadrado, si bien dicen los expertos que esa diversidad es tremendamente vulnerable, pues estas especies no son abundantes, por lo que existen muchos factores que amenazan con la extinción de muchas de ellas. La localización de Colombia en el planeta, en la esquina noroccidental de Suramérica, le significa el privilegio de tener costas sobre los dos mares, siendo el Pacífico una de las regiones más biodiversas del mundo. Adicionalmente, nuestra geografía tiene en la zona andina tres cordilleras, cuyas altitudes superan los 5000 m s. n. m., y están coronadas por glaciares, páramos y bosques, cuyas particularidades asombran a los científicos. Además, tenemos la fortuna de tener la riqueza hídrica de los llanos y sabanas de la cuenca del Orinoco y una porción muy importante del pulmón del mundo, que es la selva amazónica. Por estas razones, en Colombia existen 314 ecosistemas diferentes y el país ostenta el primer puesto a nivel mundial en número de aves y anfibios, el segundo lugar en plantas, el tercer lugar en reptiles, primates y mariposas y el quinto lugar en mamíferos. Colombia tiene la fortuna de tener esta riqueza y tiene también la gran responsabilidad de

* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia, profesora de la cátedra de Derecho Ambiental en la Pontificia Universidad Javeriana y directora de Parques Nacionales Naturales de Colombia. Se ha desempeñado como jefe de la Oficina Asesora de Gestión Ambiental del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá y como directora general del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente.

protegerla y conservarla y a la vez lograr su desarrollo y el bienestar de sus ciudadanos sin perderla ni deteriorarla.

Una de las estrategias más importantes para proteger la riqueza natural de nuestro país es el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, que cuenta con varias categorías de manejo, del nivel nacional y del orden regional, además de los esfuerzos de conservación de los particulares en las reservas de la sociedad civil. Por su parte, el Sistema de Parques Nacionales Naturales (SINAP) actualmente consta de 59 áreas protegidas, con una extensión de más de 14 millones de hectáreas.

Con base en lo anterior, este texto quiere mostrar cómo el Sistema de Parques Nacionales Naturales —en adelante, SINAP—, las áreas de especial importancia ecológica y, en general, la protección del medio ambiente se han fortalecido a partir de las sentencias de la Corte Constitucional. Voy a presentar tres aspectos trascendentales en los cuales, gracias a la Corte Constitucional, el país ha avanzado enormemente en el reconocimiento de nuestra riqueza natural y en instrumentos para su protección:

1. Generando cambios y transformaciones en los estándares de protección ambiental.
2. Optado por la protección del medio ambiente a través de vías directas.
3. Resolviendo controversias judiciales ambientales a través del principio de precaución y del uso de información técnica.

Cambios y transformaciones provocadas por las decisiones de la Corte Constitucional en los estándares de protección ambiental

La expedición de la Constitución nacional en los años noventa implicó un cambio profundo en la forma como la sociedad colombiana debe relacionarse con la naturaleza. Es por ello que, desde sus inicios, la Corte Constitucional le ha dado preponderancia a la discusión de la protección ambiental.

> *La Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza. Por ello esta Corporación ha señalado, en anteriores decisiones, que la protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que la Carta contiene una verdadera "constitución ecológica",* conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente.[1]

---

[1] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-126/98 (M. P. Alejandro Martínez Caballero). Cursivas propias.

En este sentido, no puede pasarse por alto la importancia de las decisiones de la Corte Constitucional para crear en la sociedad colombiana y en las instituciones del Estado una nueva conciencia jurídica respecto a las relaciones que debemos tener con la naturaleza:

> El pensamiento ecológico y las normas ambientales implican entonces un cambio de paradigma, que obliga a repensar el alcance de muchas de las categorías jurídicas tradicionales, ya que la finalidad del derecho se amplía. En efecto, el ordenamiento jurídico ya no sólo buscará regular las relaciones sociales sino también la relación de la sociedad con la naturaleza.[2]

Asimismo, ha resultado de vital importancia el alcance que la Corte le ha dado a la dimensión ecológica de la Constitución, pues ha permitido modificar la forma como deben comprenderse los conceptos jurídicos y económicos tradicionales, teniendo que ser interpretados de acuerdo a los postulados que en materia ecológica contiene la carta, especialmente en conformidad con los principios de desarrollo sostenible. Al respecto, en la Sentencia C-058 de 1994, consagró la Corte que "hoy no tienen ningún respaldo constitucional ciertos procesos y conceptos que anteriormente pudieron ser considerados legítimos, cuando los valores ecológicos no habían adquirido el reconocimiento nacional e internacional que se les ha conferido en la actualidad".[3]

Igualmente, las decisiones de la Corte Constitucional han posicionado la protección ambiental como una prioridad dentro de los fines del Estado, lo que ha conllevado a que el medio ambiente se posicione en la sociedad como un tema principal de discusión. Así, la Corte, en la Sentencia C-671 de 2001, señaló:

> *La protección del medio ambiente ha adquirido en nuestra Constitución un carácter de objetivo social*, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, *ha sido entendido como una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos*.[4]

De acuerdo con lo anterior, no sobra recordar la importancia que han tenido las decisiones de la Corte Constitucional al delimitar las obligaciones que recaen en cabeza del Estado en materia de protección del medio ambiente, pues han servido para que las autoridades públicas encuadren

---

2 Ibíd.

3 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-058/94 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).

4 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-671/01 (M. P. Jaime Araújo Rentería). Cursivas propias.

su actividad dentro de los mandatos ecológicos de la Constitución. En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que existen cuatro deberes principales en cabeza de las autoridades públicas referidos a *prevenir*, *mitigar*, *reparar* y *sancionar*. Así en la Sentencia C-259 de 2016, la Corte manifestó:

> i) *El deber de prevenir los daños ambientales*, entre otros, se contempla en los siguientes preceptos constitucionales: (a) en el mandato de evitar *factores de deterioro ambiental* (CP art. 80.2), esto es, adoptando de forma anticipada un conjunto de medidas o de políticas públicas que, a través de la planificación, cautelen o impidan el daño al ecosistema y a los recursos naturales; o que, en caso de existir, permitir o habilitar algún impacto sobre los mismos, logren asegurar su aprovechamiento en condiciones congruentes y afines con el desarrollo sostenible. Este deber también se expresa en el (b) *fomento a la educación ambiental* (CP arts. 67 y 79) y en la garantía (c) a la *participación de la comunidad* en las decisiones que puedan afectar el medio ambiente (CP art. 79).
>
> ii) *El deber de mitigar los daños ambientales* se manifiesta en el *control a los factores de deterioro ambiental* (CP art. 80.2), en términos concordantes con el artículo 334 del Texto Superior, el cual autoriza al Estado a intervenir, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, y en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, con el fin de racionalizar la economía en aras de mejorar la calidad de vida de los habitantes, y lograr los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Por esta vía, por ejemplo, se destaca la existencia de los planes de manejo ambiental y de las licencias ambientales, que en relación con actividades que pueden producir un deterioro al ecosistema o a los recursos naturales, consagran acciones para minimizar los impactos y efectos negativos de un proyecto, obra o actividad.
>
> iii) *El deber de indemnizar o reparar los daños ambientales* encuentra respaldo tanto en el principio general de responsabilidad del Estado (CP art. 90) como en el precepto constitucional que permite consagrar hipótesis de responsabilidad civil objetiva por los perjuicios ocasionados a los derechos colectivos (CP art. 88). Adicionalmente, el artículo 80 del Texto Superior le impone al Estado el deber de exigir la reparación de los daños causados al ambiente. Por esta vía, a manera de ejemplo, esta Corporación ha avalado la exequibilidad de medidas compensatorias, que lejos de tener un componente sancionatorio, buscan aminorar y restaurar el daño o impacto causado a los recursos naturales.
>
> iv) Finalmente, *el deber de punición frente a los daños ambientales* se consagra igualmente en el artículo 80 de la Constitución, en el que se señala la posibilidad de imponer sanciones de acuerdo con la ley. De este precepto emana la potestad sancionatoria del Estado en materia ambiental, cuyo fin es el de garantizar la conservación, preservación, protección y uso sostenible del medio ambiente y de los recursos naturales. Esta atribución,

> como manifestación del *ius puniendi*, admite su ejercicio tanto por la vía del derecho administrativo sancionador (lo que incluye el derecho contravencional y el derecho correccional), como a través del derecho punitivo del Estado.[5]

Finalmente, es fundamental tener de presente que la Corte no solo se ha referido a las obligaciones del Estado con respecto al medio ambiente, sino que también ha establecido que en el país *no se puede imponer una sola visión de modelo de desarrollo*, pues esto iría en contravía de la protección del medio ambiente, pero también de la diversidad cultural del país:

> De esta forma, *la disposición y explotación de los recursos naturales no puede traducirse en perjuicio del bienestar individual o colectivo, ni tampoco puede conducir a un daño o deterioro que atente contra la diversidad y la integridad del medio ambiente como un todo. Por ello, el desarrollo sostenible, la conservación, restauración y sustitución, hacen parte de las garantías constitucionales para que el bienestar y el quehacer productivo-económico del ser humano se efectúe en armonía y no a costa o en perjuicio de la naturaleza* […]. *No se puede anteponer en abstracto el "interés general" y la visión mayoritaria que se tenga del "desarrollo" o el "progreso" que traen las obras de infraestructura* cuando dichas intervenciones se desarrollan en territorios indígenas o étnicos […]. En virtud de lo anterior, la iniciativa estatal y privada deberá propender por el respeto sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas o étnicas de la Nación.[6]

En ese sentido, es claro que la protección del medio ambiente se inscribe como un elemento fundamental para el desarrollo:

> La protección del medio ambiente como patrimonio común a toda la humanidad, surge como consecuencia de la degradación de recursos generalmente esenciales (agua, aire, tierra, etc.) o de valor difuso (salud humana). […] El "garantizar la sostenibilidad del medio ambiente" como objetivo de desarrollo del milenio (Meta 7.ª) de la Organización de las Naciones Unidas representa las necesidades humanas y los derechos básicos de todos los individuos del planeta y el no alcanzarlo podría multiplicar el riesgo mundial de inestabilidad y degradación del medio ambiente.[7]

---

5 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259/16 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez). Cursivas en el original.

6 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129/11 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio). Cursivas propias.

7 Ibíd.

Cambios y transformaciones en asuntos concretos

Áreas de especial importancia ecológica

Ahora bien, en casos más concretos se puede observar la contribución que han tenido las decisiones de la Corte Constitucional para generar cambios y transformaciones en favor de la protección ambiental, dentro de las cuales se destacan las que tienen que ver con la *conservación de las áreas de especial importancia ecológica*. Así, la jurisprudencia de la Corte ha consagrado que, al momento de interpretar las normas que afecten a dichas áreas, es de obligatoria observancia la protección especial que tienen estos ecosistemas, pues están sometidos a un régimen de protección más intenso. Al respecto, la Sentencia T-666 de 2002 estableció que

> *las áreas de especial importancia ecológica, en este orden de ideas están sometidas a un régimen de protección más intenso que el resto del medio ambiente*. Dicha protección tiene enormes consecuencias normativas, en la medida en que i) *se convierte en principio interpretativo de obligatoria observancia* cuando se está frente a la aplicación e interpretación de normas que afecten dichas áreas de especial importancia ecológica y ii) otorga a los individuos el derecho a disfrutar —pasivamente— de tales áreas, así como a que su integridad no se menoscabe.[8]

Frente a los páramos, que están comprendidos en el concepto de áreas de especial importancia ecológica, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-035 de 2016, determinó que existe un déficit de protección jurídica por lo que, aunque no se ha reglamentado una categoría de protección específica para los páramos, sí existe un deber legal de delimitarlos y de comprenderlos como *objetos de especial protección constitucional*, porque, entre otras razones, tienen lenta capacidad de recuperación, son sistemas de captura de carbono, son reguladores del ciclo hídrico y aportan a la diversidad biológica:

Al configurarse como objetos de especial protección constitucional, la Corte establece que *no se pueden permitir —ni siquiera de forma transitoria— las actividades agropecuarias ni de minería (exploración y explotación de hidrocarburos y minerales) al interior de los páramos*:

> El sacrificio a los bienes jurídicamente protegidos, como la calidad, continuidad y accesibilidad del agua, y los demás servicios ambientales que prestan los páramos resultan desproporcionados frente a los eventuales beneficios provenientes de la extracción de recursos no renovables. Tratándose de un ecosistema tan vulnerable, frágil y poco adaptable como

---

[8] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-666/02 (M. P Eduardo Montealegre Lynett). Cursivas propias.

> el de los páramos, su afectación tiende a ser de más largo plazo, cuando no permanente.[9]

En ese orden de ideas, la Corte también sostiene que en la actualidad no existe una garantía de que los ecosistemas de páramo están siendo protegidos de manera efectiva, por lo cual hace un llamado a atender los argumentos científicos a la hora de delimitarlos y a proteger el ecosistema como tal, siendo los límites una mera herramienta administrativa:

> Otra de las falencias en la protección de los ecosistemas de páramo es que la prohibición de desarrollar actividades agropecuarias, así como de exploración o explotación de recursos naturales no renovables, *se restringe al área delimitada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, sin que exista un criterio que limite la potestad que tiene dicha cartera para apartarse de los parámetros científicos que le entrega el IAvH, que la obligue a dar argumentos científicos cuando se desvía de estos parámetros, y en general, que obligue al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible a cumplir su obligación constitucional de proteger los ecosistemas de páramo*.[10]

Por esa razón, el órgano constitucional estima necesario establecer

> un mecanismo para garantizar la protección de los ecosistemas de páramo. Este mecanismo debe preservar también la autonomía del Ministerio de Ambiente para apartarse de las áreas de referencia del IAvH. Sin embargo, *esta decisión no puede obedecer al arbitrio del funcionario que lleva a cabo esta función, como quiera que, como todas las autoridades administrativas, las decisiones discrecionales no pueden confundirse con las decisiones arbitrarias, de tal forma que todas aquellas determinaciones que preservan márgenes amplios de valoración administrativa, de todas maneras deben soportarse o apoyarse en criterios razonables y proporcionados explícitamente señalados*.[11]

Frente al Sistema Nacional de Áreas Protegidas, la Sentencia C-165 de 2015 representa un avance frente a los estándares de protección ambiental, pues parte de que el desarrollo de macroproyectos de interés social y nacional no se puede realizar en áreas protegidas del SINAP, previo proceso de sustracción con la participación de la ciudadanía:

> La Sala constató que la norma demandada no excluye de modo preciso las áreas protegidas de los suelos en los cuales se pueden ejecutar MISN. En virtud del artículo 79 Superior, todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano y en ese sentido prevé que la ley garantizará la participación de la comunidad en las condiciones que puedan afectarlo

---

9 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-035/16 (M. P. Gloria Stella Ortiz).

10 Ibíd. Cursivas propias.

11 Ibíd. Cursivas propias.

> […]. Se impone entonces declararla exequible, con otro condicionamiento que garantice su conformidad a la Constitución. *Los MISN, tal como están regulados en la Ley actualmente, no puedan implementarse en áreas que conformen el Sistema Nacional de Áreas Protegidas*.[12]

Finalmente, vale la pena resaltar la salvaguarda otorgada por la Corte a las áreas de especial importancia ecológica al advertir en la Sentencia C-339 de 2002, entre otras, que las áreas excluibles de la minería no solo las listadas en el artículo 34 del Código de Minas, puesto que "además de las zonas de exclusión previstas en esta Ley, pueden existir otras, ya declaradas con anterioridad o que se declaren en el futuro por la autoridad ambiental",[13] así como áreas de especial valor cultural, histórico o arqueológico, entre otros atributos.

Sistema de Parques Nacionales Naturales

Entre las áreas de especial importancia ecológica figuran las áreas pertenecientes al SPNN de Colombia. Entre las decisiones más importantes de la Corte Constitucional en materia ambiental está la comprensión de este Sistema *como un instrumento fundamental para la consecución de un medio ambiente sano y el mantenimiento del equilibrio ecológico*. Por este motivo, el órgano constitucional, en la Sentencia C-746 de 2012, consideró que "la figura jurídica del Sistema de Parques Nacionales Naturales es una herramienta indispensable para el cumplimiento de los mandatos constitucionales relacionados con la protección de los recursos naturales".[14] Asimismo, consideró la Corte que el SPNN se caracteriza por contener áreas de valor excepcional reservadas en beneficio de la humanidad, por poseer particularidades que implican un manejo especial de acuerdo a la tipología, estar protegido por las normas constitucionales y los tratados internacionales, contener un régimen jurídico propio que responde a sus finalidades específicas de conservación, ser bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables y ser un factor imprescindible para la consecución de un desarrollo sostenible.

Además de lo anterior, son dos las transformaciones e implicaciones más relevantes de la doctrina de la Corte frente al SPNN. La primera se refiere a la *imposibilidad de sustraer áreas del sistema, incluidos los Parques Naturales Regionales, mientras que la segunda trata sobre las restricciones para enajenar predios privados ubicados en el interior de las áreas de este sistema* lo cual redunda en una garantía de rango constitucional para la destinación

---

12 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-165/15 (M. P. María Victoria Calle Correa).

13 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-339/02 (M. P. Jaime Araújo Rentería).

14 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-746/12 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

a la conservación a perpetuidad de estas áreas en beneficio de todos los colombianos y las generaciones futuras.

Con base en lo anterior, la Sentencia C-649 de 1997, a través de la cual se declaró inexequible la expresión "y sustraer", contenida en el artículo 18 de la Ley 99 de 1993, entiende que este tipo de zonas —las áreas del SPNN— no pueden cambiar de destinación ni ser sustraídas por el legislador o la administración. Lo anterior, fundamentado en el artículo 63 de la Constitución política, que establece que los parques nacionales son inembargables, inalienables e imprescriptibles, así como en los artículos 79 y 80 que tratan sobre la obligación del Estado de proteger y conservar las áreas de especial importancia ecológica, de esta manera

> la protección que el art. 63 de la Constitución establece al determinar que los bienes allí mencionados son inalienables, inembargables e imprescriptibles, debe interpretarse, con respecto a los parques naturales, en el sentido de que dichas limitaciones las estableció el Constituyente con el propósito de que las áreas alindadas o delimitadas como parques, dada su especial importancia ecológica (art. 79), se mantengan incólumes e intangibles, y por lo tanto, no puedan ser alteradas por el legislador, y menos aún por la administración, habilitada por este. […] En tal virtud, entiende la Corte que la voluntad del Constituyente fue que *las áreas integradas al sistema de parques nacionales se mantuvieran afectadas a las finalidades que le son propias; por consiguiente, la calidad de inalienables de los parques naturales, reconocida en el art. 63 debe entenderse, en armonía con los arts. 79 y 80, en el sentido indicado antes, esto es, que las áreas o zonas que los integran no pueden ser objeto de sustracción o cambio de destinación.* En tales condiciones, se repite, ni el legislador ni la administración facultada por este, pueden sustraer, por cualquier medio las áreas pertenecientes al referido sistema.[15]

Esta subregla se reitera en la Sentencia C-598 de 2010, en la que además la prohibición de sustracción se hace extensiva a los parques naturales regionales:

> Como ha quedado sentado, los Parques Naturales son bienes de uso público y tienen el carácter de inembargables, inalienables e imprescriptibles, lo que inhibe al legislador para radicar en cabeza de la administración la potestad de sustraer o desafectar áreas que formen parte de estos parques, toda vez que las restricciones referidas a los Parques Naturales fueron fijadas por las y los Constituyentes con el propósito de que las áreas alindadas o delimitadas como parques, dada su especial importancia ecológica, se mantengan incólumes e intangibles […]. En este sentido, la atribución

[15] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-649/97 (M. P. Antonio Barrera Carbonell). Cursivas propias.

> legislativa a las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible para sustraer áreas protegidas de Parques Regionales, desconoce la Carta Política, de donde se desprende que una vez hecha la declaración por parte del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial —en el caso de los Parques Naturales Nacionales— o por parte de las Corporaciones Autónomas Regionales —en el caso de los Parques Regionales—, su cambio de afectación o destinación, carece por entero de justificación sea que se trate de parques de orden nacional o regional, encontrando la Sala que no existe motivo que, desde la óptica constitucional, justifique que estas áreas protegidas de Parques Regionales puedan ser objeto de tal desafectación por parte de las Corporaciones Autónomas Regionales ni por ninguna otra autoridad del orden nacional o local.[16]

Por otro lado, en la Sentencia C-189 de 2006 se estableció que la intangibilidad del SPNN comprende los límites al ejercicio del derecho a la propiedad privada. En estos casos, los propietarios de los inmuebles afectados por dicha limitación, deben allanarse al cumplimiento de las finalidades y actividades permitidas en las áreas del SPNN de acuerdo al tipo de protección ecológica. Lo anterior no implica que los bienes de carácter privado cambien o muten de naturaleza jurídica, sino que se someten a las limitaciones, cargas y gravámenes que se derivan de dicho reconocimiento, siendo una de ellas la prohibición de enajenación que pretende preservar, salvaguardar y perpetuar los recursos ambientales:

> El Sistema de Parques Nacionales Naturales se convierte en un límite al ejercicio del derecho a la propiedad privada, en cuanto a que las áreas que se reservan y declaran para tal fin, no solo comprenden terrenos de propiedad estatal, sino de propiedad particular. En estos casos, los propietarios de los inmuebles afectados por dicho gravamen, deben allanarse por completo al cumplimiento de las finalidades del sistema de parques y a las actividades permitidas en dichas áreas de acuerdo al tipo de protección ecológica que se pretenda realizar. Así, por ejemplo, al declararse un parque como "santuario de flora" solamente se pueden llevar a cabo actividades de conservación, recuperación, control, investigación y educación.[17]

Esta medida, aclara la Corte, no implica una vulneración al núcleo esencial del derecho a la propiedad privada:

> Es innegable que el reconocimiento de los derechos morales de autor implica la existencia de una prohibición absoluta de enajenación que no resulta contraria al núcleo esencial del derecho a la propiedad privada, pues además de velar por la defensa de un derecho fundamental que goza de primacía en nuestro ordenamiento constitucional (CP art. 5), mantiene

---

16 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-598/10 (M. P. Mauricio González Cuervo).

17 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-189/06 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

> incólume a través de su carácter netamente patrimonial el ejercicio de los atributos de uso, goce y explotación sobre dichos derechos.[18]

Por último, en la Sentencia T-606 de 2015 la Corte se ocupó de analizar la constitucionalidad de la prohibición de pesca artesanal dentro del Parque Nacional Natural Tayrona, ordenando a las autoridades ambientales redoblar esfuerzos para garantizar el saneamiento, la protección y la intangibilidad de los ecosistemas terrestres y marítimos del Parque Tayrona y sus alrededores. Igualmente, la Corte ordenó la construcción de un plan maestro de protección y restauración del Parque Nacional, que estuviera enfocado en contrarrestar los factores estructurales de contaminación ambiental y deterioro de los ecosistemas desde sus fuentes originarias, como un instrumento de política pública que generara cambios positivos en los estándares ambientales del departamento del Magdalena. *Vale la pena aclarar que lo que buscaba la Corte era un Plan Maestro para evitar factores externos de contaminación al Parque Tayrona, con el propósito de que las autoridades ambientales y territoriales con competencia fuera del parque regulen los factores que generan afectación al interior del área protegida*.

Para este fin la Corte ordenó:

> Identificar las fuentes y orígenes de los vertimientos, desechos, explotaciones, construcciones, proyectos de desarrollo regional y demás focos de contaminación que tengan la potencialidad de alterar los ecosistemas del Parque Natural Tayrona; esto con el fin de iniciar las medidas legales que correspondan. Se recuerda que el objetivo del plan maestro de protección y restauración del Parque Natural Tayrona busca mediante la cooperación y ejecución de medidas coordinadas la neutralización de los factores contaminantes, independientemente de que estos se generen a kilómetros del área protegida. [...] Para ello, la Unidad Administrativa del Sistema de Parques Nacionales Naturales, la Corporación Autónoma Regional del Magdalena —Cormagdalena—, la Gobernación del Magdalena y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible deberán involucrar e incorporar en la gestión y construcción del plan maestro a todos los entes territoriales, autoridades y dependencias estatales que en el marco de sus funciones tengan el deber de garantizar la protección ambiental y la gestión de los recursos naturales en el ecosistema en cuestión y sus áreas aledañas. [...] En el plan maestro de protección y restauración del Parque Natural Tayrona deberán identificarse las metas de recuperación ambiental en un periodo de 1, 3, 5, 7 y 10 años precisando los indicadores de resultado que permitan medir y determinar bajo claros estándares científicos y ambientales si las autoridades han avanzado, retrocedido o se han estancado en la ejecución de las metas propuestas. [...] En el plan maestro de protección del Parque Natural Tayrona deben identificarse

---

[18] Ibíd.

> adecuadamente cuáles serán las responsabilidades, metas, presupuesto, plazos, periodicidad de cesiones y reuniones, capacidades de cofinanciación y personal destinado a lograr el saneamiento, la protección y la intangibilidad de los ecosistemas terrestres y marítimos del Parque.[19]

Este fallo tiene implicaciones fundamentales, pues aborda la tarea mirando desde la conservación de estas áreas dentro del contexto y paisaje regional al cual pertenecen, y ratifica el compromiso de todo el Estado y la sociedad en este cometido.

Minería y protección del medio ambiente

Al abordar el debate sobre minería y protección del medio ambiente, la Corte Constitucional generó una transformación fundamental en el sentido de que *el medio ambiente no puede ser comprendido como un medio para el desarrollo perpetuo, sino como un sujeto autónomo*. Al respecto, la Sentencia T-445 de 2016 sostuvo que "la protección al medio ambiente no debe estructurarse bajo un entendimiento de los ecosistemas como medio para garantizar a perpetuidad el desarrollo humano. Por el contrario, este mandato imperativo nace del deber de respetar y garantizar los derechos de la *naturaleza como sujeto autónomo*".[20] Esta transformación implica que toda actividad humana que pueda afectar los recursos naturales debe tener en cuenta el criterio de desarrollo sostenible, asociado a los deberes de prevenir (evitar que el daño pueda llegar a producirse) y restaurar. Es así como se debe entender entonces que *el medio ambiente es un bien a proteger por sí mismo*: "La Constitución muestra igualmente la relevancia que toma el medio ambiente como bien a proteger por sí mismo y su relación estrecha con los seres que habitan la tierra"[21] y "la *naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados*".[22]

Adicionalmente, en la Sentencia T-445 de 2016, la Corte retoma (de la Sentencia T-294 de 2014) otro asunto que ha incidido en la evolución de los estándares de protección ambiental, que es el principio de *justicia socioambiental*:

> El tratamiento justo supone que ningún grupo de personas, incluyendo los grupos raciales, étnicos o socioeconómicos, debe sobrellevar desproporcionadamente la carga de las consecuencias ambientales negativas

---

19 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-606/15 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

20 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-445/16 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

21 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-595/10 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

22 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-632/11 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

> como resultado de operaciones industriales, municipales y comerciales o la ejecución de programas ambientales y políticas a nivel estatal, local o tribal.[23]

En ese orden de ideas, "para materializar el principio de justicia socioambiental se debe garantizar la participación de las comunidades en las decisiones que los afectan a ellos y a su entorno y la posibilidad de participar en los beneficios que genera la explotación de los recursos naturales".[24] Es así como los instrumentos de participación democrática se convierten en mecanismos para garantizar la toma de decisiones en lo que respecta a la esfera ambiental:

> No hay ninguna objeción para considerar la validez constitucional de mecanismos tales como el referendo, en todas sus formas, el plebiscito, la consulta popular, la iniciativa normativa, el cabildo abierto. *No existe ninguna objeción para afirmar que estos no pueden ser unos mecanismos eficaces para realizar derechos de participación en la esfera ambiental*.[25]

Adicional al ejercicio de la participación, la evaluación de impacto ambiental debe ser reconocida como un instrumento técnico necesario para la toma de decisiones sobre proyectos que puedan afectar el medio ambiente, especialmente frente a actividades de reconocido impacto, como la minería, aspecto que aún estamos en mora de desarrollar cabalmente en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, la Sentencia C-339 de 2002 establece que,

> para poder hablar de un desarrollo sostenible de la explotación minera que respete la biodiversidad, es indispensable tener en cuenta como instrumento la evaluación de impacto ambiental, entendida como instrumento administrativo y como instrumento de gestión que permite articular los diversos aspectos ambientales de la actividad minera tales como la mitigación de la contaminación, la protección de especies y la recuperación post-clausura de las explotaciones y exploraciones mineras.[26]

Frente al debate sobre minería y medio ambiente, también es relevante mencionar que para la Corte Constitucional es fundamental que se genere información técnica, económica y social adecuada, que dé cuenta de los impactos ambientales de la minería en el país, para que se convierta en un insumo para la toma de decisiones. Esta manifestación es en sí misma una transformación en los parámetros de protección ambiental, pues parte

---

23 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-445/16 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

24 Ibíd.

25 Ibíd.

26 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-339/02 (M. P. Jaime Araújo Rentería).

del deber de tomar decisiones responsables e informadas. Al respecto, la Sentencia T-445 de 2016 ordena:

> Al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Ministerio del Interior, a la Unidad de Parques Nacionales Naturales, al Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt y a la Contraloría General de la República que conformen una mesa de trabajo interinstitucional a las cual podrán vincular más entidades estatales y privadas, centros de investigación y miembros de la sociedad civil, con el objeto de construir una investigación oficial científica y sociológica, en el cual se identifiquen y se precisen las conclusiones gubernamentales respecto a los impactos de la actividad minera en los ecosistemas del territorio colombiano.[27]

Finalmente, tal como se dijo atrás, es necesario reiterar los avances que en su momento la Corte Constitucional tuvo con respecto al alcance constitucional de las zonas susceptibles de ser excluidas de la minería,[28] lo cual reiteró posteriormente en sentencias como la C-443 de 2009, en donde advirtió que "las autoridades ambientales pueden declarar excluidos de la minería ecosistemas tales como los páramos así no estén comprendidos en parques nacionales o regionales o en zonas de reserva forestal".[29]

Al respecto se menciona también que, para la Corte, "la autoridad minera tiene el deber de colaborar con la autoridad ambiental, pero que este deber de colaboración no limita ni condiciona el ejercicio de la competencia de la autoridad ambiental quien es la que puede establecer las zonas de exclusión".[30] Esta afirmación es el sustento de la declaratoria de *exequibilidad condicionada* del artículo 34 de la Ley 685 de 2001.

Los derechos bioculturales y los elementos de la naturaleza como sujetos de derechos

Una de las sentencias actualmente más relevantes en temas ambientales es la T-622 de 2016, pues produce al menos tres transformaciones frente a los estándares de protección ambiental. La primera transformación está asociada con que *existe un nuevo enfoque de protección constitucional, que son los derechos bioculturales, que establecen la estrecha relación entre la naturaleza y el hombre*:

---

27 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-445/16 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

28 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-339/02 (M. P. Jaime Araújo Rentería).

29 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-443/09 (M. P. Humberto Sierra Porto).

30 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-339/02 (M. P. Jaime Araújo Rentería).

> Se ha venido desarrollando un nuevo enfoque jurídico denominado derechos bioculturales, cuya premisa central es la relación de profunda unidad e interdependencia entre naturaleza y especie humana, y que tiene como consecuencia un nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es, como sujetos de derechos.[31]

La segunda transformación (que se deriva del concepto de derechos bioculturales, y que se ha desarrollado previamente en sentencias como la T-445 de 2016 y la C-632 de 2011) es la idea de que *la naturaleza es un sujeto de derechos que puede ser representado judicialmente*:

> La naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados […]. La Corte declarará que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración. Para el efectivo cumplimiento de esta declaratoria, la Corte dispondrá que el Estado colombiano ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca —en adelante— estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Estado colombiano. Adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, ambas partes deberán diseñar y conformar una comisión de guardianes del río Atrato cuya integración y miembros se desarrollará en el acápite de órdenes a proferir en la presente sentencia.[32]

La tercera transformación está asociada a que *los recursos genéticos no solo pueden ser comprendidos en términos económicos, sino también como valiosos elementos para la conservación de la biodiversidad y del conocimiento tradicional*:

> La regulación nacional sobre biodiversidad y el uso de recursos genéticos es inapropiada y registra importantes vacíos que afectan la protección eficaz de derechos fundamentales de las comunidades étnicas. Dichas deficiencias tienen su origen en un problema de entendimiento de la biodiversidad por parte del Gobierno y de las entidades encargadas de la planeación y el desarrollo del Estado colombiano. La visión que ha predominado es la económica, en donde la biodiversidad, el material genético y el conocimiento tradicional asociado son vistos como susceptibles de apropiación, utilización industrial y fuente de ganancias económicas. De esta manera, las políticas y la legislación han enfatizado el acceso para

---

31 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

32 Ibíd.

> el uso y la explotación económica en detrimento de la protección de los derechos del medio ambiente y de las comunidades […]. En este sentido, y en respuesta a tal aproximación frente al manejo de la diversidad biológica y cultural por parte del Estado, es que resulta necesario adoptar enfoques integrales sobre conservación que tomen en cuenta la profunda relación entre la diversidad biológica y la cultural.[33]

De acuerdo con todo lo anteriormente analizado, se puede concluir lo siguiente:

i) La jurisprudencia de la Corte Constitucional sí ha generado cambios en los estándares de protección ambiental, pues ha establecido lineamientos claros a seguir por parte de las autoridades públicas encargadas o no de la protección ambiental.

ii) La jurisprudencia constitucional ha introducido dentro de la vida jurídica nacional nuevos conceptos que han conllevado a un trato diferente de las relaciones de los seres humanos con la naturaleza, lo que ha implicado un aumento por parte del Estado y los particulares de la preocupación por proteger el medio ambiente.

iii) En su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha ordenado e introducido estándares jurídicos, económicos y técnicos que conllevan a una mayor protección del entorno natural, obligando a las autoridades públicas y particulares a que cada vez más se busquen mejores estándares de protección ambiental.

iv) Por último, la Corte ha ordenado a las autoridades ambientales y técnicas del país realizar estudios que mejoren cada día más los estándares de protección ambiental.

Los efectos de la protección del medio ambiente por vías indirectas, específicamente al ser tratado el tema judicialmente por vías de participación ciudadana, consulta previa o el derecho al debido proceso, y no por la judicialización directa de dicha protección

Como primera medida, es importante recordar que la Corte Constitucional ha establecido que el derecho al medio ambiente sano es un derecho fundamental,[34] el cual tiene tal importancia que se encuentra conectado

---

[33] Ibíd.

[34] "Esta posición fue asumida por la Corte en tempranas sentencias, como la T-092 de 1993 (M. P. Simón Rodríguez Rodríguez), T-428 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón) y T-415 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón); a pesar de que su carácter fundamental fue discutido y rectificado en la sentencia SU067 de 1993 (M. P. Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz, con salvamento

indiscutiblemente con la efectiva realización de los otros derechos, pues la protección del medio ambiente está indiscutiblemente ligada a la subsistencia de la humanidad, y por lo tanto de su conservación depende la efectiva realización del derecho fundamental a la vida.[35]

Así la Corte, en la Sentencia C-092 de 1993, indica que

> el derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad.[36]

Igualmente, para la Corte, el derecho al medio ambiente sano no solo tiene relación con el derecho a la vida, sino que de la existencia de unas condiciones medioambientales adecuadas depende que se pueda garantizar una vida digna, la salud, la integridad personal, el trabajo y la prevalencia del interés general.

Con respecto a su relación con la vida digna de los seres humanos la Corte, en la Sentencia C-071 de 2003, estableció que,

> de otro lado, el tema ecológico ha sido objeto de variados pronunciamientos de la Corte, a través de fallos de constitucionalidad y de tutela, en los que ha delineado la protección constitucional del derecho a gozar de un ambiente sano y los deberes que le corresponden al Estado para garantizar el mismo, de forma que opere como recurso necesario para lograr el desarrollo y el mejoramiento de la calidad de vida de los coasociados. (Artículo 2.º CP)[37]

Frente a su correspondencia con el derecho a la salud, la Corte en la Sentencia C-595 de 2010, consagró que,

> dados los factores perturbadores y el riesgo que enfrenta el medio ambiente que le ocasionan daños irreparables e inciden nefastamente en la existencia de la humanidad, la Corte ha sostenido el carácter de derecho

---

parcial de voto del primero), su talante constitucional, ha sido nuevamente resaltado en reciente jurisprudencia, en el entendido de que es un elemento indispensable para la vida humana, sin perjuicio de que su protección por vía de tutela se encuentre restringida, debido a la existencia de un medio judicial idóneo para su defensa. Sentencias recientes como la C-431 de 2000 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-339 de 2002 (M. P. Jaime Araújo Rentería), T-671 de 2001(M. P. Jaime Araújo Rentería), T-666 de 2002 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett), han señalado su carácter o talante fundamental". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-299/08 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

35 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, 6 de julio de 1991, artículo 11.

36 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-092/93 (M. P. Simón Rodríguez Rodríguez).

37 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-071/03 (M. P. Álvaro Tafur Galvis).

> fundamental por conexidad, al resultar ligado indefectiblemente con los derechos individuales a la vida y a la salud de las personas.[38]

En cuanto a su relación con la integridad personal, la vida digna y la prevalencia del interés general, la Corte, en la Sentencia T-299 de 2008, señaló que

> el derecho al medio ambiente es o [...] tiene el carácter de fundamental, pues de su protección depende la realización del derecho a la vida, en tanto que su deterioro constituye una amenaza inminente para la subsistencia humana; [...] el derecho al medio ambiente se encuentra conectado de forma estrecha con la salud pública, la vida digna y la integridad personal, entre otros derechos fundamentales.[39]

Asimismo, resulta importante recordar que la jurisprudencia constitucional ha establecido el carácter fundamental del derecho al agua para el consumo humano (elemento integrante del medio ambiente), al estar igualmente ligado a la vida y salud de las personas y ser un elemento necesario para la realización de las actividades del hombre. Al respecto, en la Sentencia T-139 de 2016, la Corte estableció que,

> en el ordenamiento jurídico colombiano, el agua para el consumo humano constituye un derecho fundamental, al menos por dos razones: primero, garantizar el acceso a este recurso es un objetivo fundamental del Estado Social de Derecho (artículo 366), ya que es un medio para asegurar el desarrollo y realización de necesidades básicas insatisfechas; segundo, "el suministro de agua potable es un servicio público domiciliario cuya adecuada, completa y permanente prestación resulta indispensable para la vida y la salud de las personas, aparte de que es un elemento necesario para la realización de un sinnúmero de actividades útiles al hombre".[40]

En este sentido, resulta de vital importancia la Sentencia SU217 de 2017, pues la Corte, al analizar la legitimación por activa para interponer la acción de tutela, consagró que el derecho al medio ambiente sano posee además de su faceta colectiva una connotación individual, al ser imprescindible para el desarrollo del proyecto de vida digna para cada persona, además de ser necesario para la vigencia de otros derechos, como la vida y la salud. Igualmente, en la misma sentencia se trae a colación las decisiones de la Corte, donde se establece *la pérdida de vigencia del criterio de la conexidad*, ya que los derechos humanos son interdependientes e indivisibles, siendo el derecho al medio ambiente sano la muestra fehaciente de ello,

---

38 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-595/10 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

39 Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-299/08 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

40 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-139/16 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

al ser reconocido por la jurisprudencia constitucional como fundamental para la plena realización de los demás derechos, *lo que permite avanzar en la protección directa de este derecho por vía de tutela*. Al respecto, la Corte estableció:

> 49. Los derechos fundamentales son normas jurídicas de estructura compleja, pues, si bien se presentan bajo una formulación sucinta, en realidad cada uno de ellos involucra una densa trama de relaciones jurídicas. Esta riqueza normativa comienza a evidenciarse ante la aparición de casos concretos y se va concretando en las normas legislativas que los desarrollan, en decisiones judiciales, y especialmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que va perfilando su contenido a través de subreglas o normas adscritas concretas.
>
> 50. El derecho al ambiente sano, que cobra especial relevancia en el asunto objeto de estudio, no es la excepción. Fue incorporado en la Constitución Política dentro del capítulo de los derechos colectivos, aunque posee también una faceta individual, en la medida en que es imprescindible para el desarrollo de un proyecto de vida digno para cada persona. Como derecho colectivo, su naturaleza es difusa, lo que significa, básicamente, que cada persona lo disfruta, sin exclusión de las demás. Como derecho individual se materializa en la defensa del entorno inmediato de cada persona y es una condición de vigencia de otros derechos fundamentales, especialmente, la salud y la vida.
>
> […]
>
> Como se indicó en párrafos precedentes, las sentencias SU1116 de 2001 y T-235 de 2011 establecieron un conjunto de subreglas relevantes para determinar cuándo procede la acción de tutela para la protección de derechos e intereses colectivos. La Corte Constitucional, en la primera sentencia, estableció la necesidad de demostrar conexidad con un derecho fundamental individual de la persona que acude ante la acción de tutela, y en la segunda, explicó que, en la medida en que el criterio de conexidad ha perdido relevancia en el ámbito de los derechos fundamentales, debido a que todos los derechos humanos son interdependientes e indivisibles, lo que resulta determinante es que se demuestre la relación entre el interés colectivo y el interés individual de derecho fundamental de quien acude a la tutela. De no darse esa relación, la persona podrá acudir a la acción popular, pero no a la tutela.[41]

No obstante lo anterior, es claro que en múltiples ocasiones la Corte Constitucional se ha referido a la protección del medio ambiente cuando se ventilan controversias judiciales que envuelven los mecanismos de

---

41 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU217/2017 (M. P. María Victoria Calle Correa).

participación ciudadana, el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas y el debido proceso, lo que no es óbice para que se tenga en cuenta que en dichas decisiones, de las órdenes impartidas y el precedente establecido por la Corte, se desprendan elementos que contribuyen de manera fundamental a la protección ambiental.

En este sentido, en la sentencia de unificación anteriormente referida, la Corte analizó la vulneración a los derechos fundamentales a la consulta previa, la participación ciudadana y el derecho al medio ambiente sano, realizando un análisis de fondo de los dos primeros derechos referidos, ordenando no solo la participación de los accionantes en las decisiones que los afectan, sino en particular medidas de compensación y mitigación que garanticen la protección del medio ambiente sano. Al respecto, la sentencia de unificación estableció que

> en ese contexto, la Corte Constitucional estima necesario que las entidades territoriales concurran, en el marco de sus competencias, a la adecuación del relleno de Loma Grande; que la CVS y la ANLA ejerzan una labor de vigilancia sobre el cumplimiento estricto de las condiciones impuestas en la resoluciones que autoriza la ampliación del relleno; que se persista en la búsqueda de alternativas serias a la disposición de residuos, a partir de estudios técnicos y no de simples afirmaciones sobre la inexistencia de estas; y, especialmente, que se establezca un espacio de diálogo constante en el que, a partir de la integración del conocimiento técnico y el conocimiento local, se establezcan medidas de mitigación de impactos socio ambientales, compensación de cargas y beneficios, y reparación de los impactos nocivos que el funcionamiento del relleno cause en la vereda de Loma Grande.[42]

Igualmente, resulta importante recordar la Sentencia T-384A de 2014, la cual señaló, producto del análisis de las actuaciones surtidas en el proceso de consulta previa que desembocaron en la declaración, reservación, delimitación y alinderación del Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis, determinadas subreglas frente al régimen jurídico de los territorios étnicos y las áreas del SPNN.[43] Así, la Corte Constitucional consagró que el derecho a la autonomía de las comunidades indígenas no es absoluto, pues debe estar en armonía con la protección de las áreas de especial importancia ecológica, así como reconoce que el derecho a la propiedad colectiva de los resguardos comprende la propiedad colectiva sobre los recursos naturales no renovables existentes en el territorio, pero que ese derecho no es una

---

42 Ibíd.

43 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-384A/14 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

facultad omnímoda para disponer libremente de ellos, pues está sujeto a la función ecológica de la propiedad; al respecto la Corte precisó que

> el derecho a la autonomía de las comunidades indígenas no es absoluto, pues, al igual que cualquier derecho, encuentra límites en el ordenamiento jurídico, pero según esta Corporación, solo serán admitidas restricciones a la misma cuando estas: i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas. La evaluación sobre la jerarquía de los intereses en juego y la inexistencia de medidas menos gravosas, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad […].
>
> El reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de los resguardos (CP art. 329) en favor de las comunidades indígenas comprende a la propiedad colectiva de estas sobre los recursos naturales no renovables existentes en su territorio. Lejos de usurpar recursos de la Nación, el acto de disposición de bienes baldíos para la constitución de resguardos indígenas es compatible con el papel fundamental que estos grupos humanos desempeñan en la preservación del medio ambiente. La prevalencia de la integridad cultural, social y económica de estas comunidades sobre la explotación de los recursos naturales en sus territorios —la que solo es posible si media la autorización previa del Estado (CP art. 80) y de la comunidad indígena (CP art. 330)—, se erige en límite constitucional explícito a la actividad económica de la explotación forestal.
>
> [...]
>
> Es importante tener en consideración que la propiedad colectiva del resguardo se verá garantizada, sin perjuicio del cumplimiento de la función ecológica inherente al ejercicio de la misma y la limitación en el uso que se impone a través del acto administrativo de constitución del PNN.
>
> […]
>
> Por su parte, el derecho de propiedad colectiva queda sujeto a las restricciones que implican las funciones ecológica y social de la propiedad, así como la limitación en el uso que se impone a través del acto administrativo de constitución del Parque Nacional Natural […]. Por lo que atañe a la afectación de la competencia de las autoridades del colectivo, esto es, el quebrantamiento de la autonomía de la comunidad indígena es claro que en lo atinente al régimen de propiedad, los resguardos preservan su autonomía en tanto cumplan con las funciones ecológica y social mandadas en el ordenamiento jurídico, tal como se ha explicado en esta sentencia. La Sala estima que en este punto la autoridad indígena deberá coordinar su accionar con las Corporaciones Autónomas Regionales (según cada

> jurisdicción) en cuanto al manejo y administración de la respectiva área protegida.[44]

Por último, conviene traer a colación nuevamente la T-622 de 2016, pues ella consagra un nuevo enfoque en la concepción de los derechos constitucionales al entender como sujeto de derechos a la naturaleza, lo que abre la discusión sobre su judicialización por vía de acción de tutela.

De acuerdo con todo lo anteriormente analizado se pueden concluir tres cuestiones principales:

i) La protección ambiental no solo se logra por vías indirectas, pues el derecho al medio ambiente sano es indivisible y está interrelacionado con la efectiva protección de otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, lo que ha conllevado que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se tomen decisiones trascendentales a favor de la conservación del medio ambiente de las personas individualmente consideradas o afectadas.

ii) Aunque es amplia la jurisprudencia que ha analizado la protección ambiental por vías indirectas mediante acciones interpuestas para la protección de otros derechos, no puede desconocerse que en dichas sentencias normalmente se establecen parámetros jurisprudenciales de suma importancia para la conservación del medio ambiente y que las órdenes impartidas por la Corte establecen medidas que contribuyen a dicha protección.

iii) Con el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos se abre la discusión sobre la procedibilidad de la acción de tutela para garantizar su protección, pues no está clara la línea divisoria entre los otros mecanismos de defensa (p. ej., la acción popular) y la acción de amparo para garantizar los derechos a los que tendría lugar la naturaleza. Pese a que esta línea divisoria aún está por aclararse, se considera una gran avance jurisprudencial que lleva al país a incorporar verdaderamente una ética a favor de la vida, al reconocernos como seres integrantes de un gran sistema interconectado e interdependiente.

Sobre la forma como el juez constitucional ha abordado los debates técnicos en la resolución de controversias judiciales ambientales

Es indispensable en este punto traer a colación los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre los principios de prevención y precaución

---

[44] Ibíd.

en materia ambiental, que nacen desde un contexto internacional,[45] con el fin de proteger la integridad ambiental y garantizar un desarrollo sostenible para las generaciones presentes y futuras.

Mediante la Sentencia C-703 de 2010, la Corte Constitucional delimitó el alcance de los principios de precaución y prevención ambiental, estableció ciertas distinciones entre ambos principios y sostuvo que ellos, aún cuando pueden tener algunas diferencias, emanan de la necesidad de dotar a las autoridades ambientales de las facultades suficientes para evitar la ocurrencia de daños al ambiente:

> Tratándose de daños o de riesgos, en los que es posible conocer las consecuencias derivadas del desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con el fin de reducir sus repercusiones o de evitarlas, opera el principio de prevención que se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente; en tanto que el principio de precaución o tutela se aplica en los casos en que ese previo conocimiento no está presente, pues tratándose de este, el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos.[46]

También, en la Sentencia C-293 de 2002, respecto al principio de precaución, la Corte estableció su carácter constitucional a partir de lo dispuesto en el artículo 80 de la carta,[47] y definió sus condiciones de

---

45 Sobre el principio de precaución, la Declaración de Río, de 1992, sobre el medio ambiente y el desarrollo señala en el principio 15 que "con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente". Sobre el principio de prevención se ha señalado una aproximación directa o indirectamente en la Declaración de Estocolmo, de 1972 (principios 6, 7, 15, 18 y 24); en la Carta Mundial por la Naturaleza, de 1982, así como también en la Declaración de Río, que requiere a los Estados promulgar "leyes eficaces sobre el medio ambiente"(principio 11).

46 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-703/10 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

47 "Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales

aplicación, sosteniendo que, como consecuencia de dicho principio, la autoridad ambiental puede autorizar la suspensión o moratoria de un proyecto, obra o actividad cuyas consecuencias ambientales sean inciertas. Dijo entonces la corporación constitucional:

> Cuando la autoridad ambiental debe tomar decisiones específicas, encaminadas a evitar un peligro de daño grave, sin contar con la certeza científica absoluta, lo debe hacer de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la ley, en desarrollo de la Constitución, en forma motivada y alejada de toda posibilidad de arbitrariedad o capricho. Para tal efecto, debe constatar que se cumplan los siguientes elementos:
>
> 1. Que exista peligro de daño;
>
> 2. que este sea grave e irreversible;
>
> 3. que exista un principio de certeza científica, así no sea esta absoluta;
>
> 4. que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente, y
>
> 5. que el acto en que se adopte la decisión sea motivado [y excepcional].[48]

Ahora bien, frente a la pregunta sobre la prudencia y el rigor de la Corte para aplicar el principio de precaución ambiental es necesario remitirse a algunos casos particulares.

El primer caso es la Sentencia T-397 de 2014, en la que se analizó si el ruido excesivo producido por una antena de monopolo podría implicar peligros para la salud de un menor de edad de 20 meses. Entre las pruebas estudiadas por la Corte se encuentran diferentes conceptos técnicos, que aportan al cumplimiento del requisito anteriormente mencionado sobre la existencia de un principio de certeza científica, así no sea absoluto que permite determinar la posibilidad de causación a un daño. De hecho, en los considerandos, la Corte se detiene a:

i) Estudiar el concepto de campos electromagnéticos no ionizantes.

ii) Revisar los estudios y recomendaciones internacionales relevantes acerca de la exposición de las personas a campos electromagnéticos no ionizantes.

iii) Evaluar que hay una omisión en la regulación frente a los límites de ubicación de las antenas de telefonía móvil celular.

---

y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas". Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, *op. cit.*

48 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-293/02 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra).

iv) Estudiar que en el derecho comparado las autoridades judiciales han optado por proteger el derecho a la salud de las personas que residen cerca de antenas de telefonía móvil ante la falta de certeza científica sobre los efectos que puedan producir los campos electromagnéticos que ellas generan.

v) Examinar, a partir de las pruebas allegadas el caso en concreto y la vulneración alegada, para concluir que, por un lado, "los niveles de radiación electromagnética emitida por la antena de telefonía móvil en los alrededores y en el interior del apartamento 103 del Edificio Pinar de la Sierra P. H. no rebasan los límites de exposición humana fijados por la legislación nacional",[49] pero, por otro lado, "que la exposición del menor Bejamín a la radiación electromagnética producida por la antena de telefonía móvil, situada aproximadamente a 25 metros de distancia del lugar en el que habita, conlleva el riesgo, aunque no la certeza científica absoluta, de una afectación grave en su salud a largo plazo, teniendo en cuenta que se trata de un niño de muy corta edad, que tiene en desarrollo su sistema nervioso".[50]

Otro caso o ejemplo es la Sentencia T-154 de 2013, en la que se tuteló el derecho a la salud y a un medio ambiente sano de un trabajador rural cuya residencia se encontraba a 300 metros de una mina de carbón. La Corte Constitucional ordenó, por ejemplo, las siguientes pruebas, dirigidas a obtener criterios técnicos y científicos para tomar una decisión en derecho y que, si bien, no representan certeza científica absoluta, sí representan un mínimo de certeza científica que permita determinar que podría existir un peligro de daño:

> 1. Oficiar al Ministerio de la Protección Social, a la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (Ascofame), a las Facultades de Medicina de las Universidades Nacional de Colombia, Pontifica Javeriana y de los Andes (en Bogotá), y Popular del Cesar (en Valledupar) para que informaran: i) qué incidencia y síntomas genera en la salud de una persona, en especial en los menores de edad, el "polvillo o material particulado disperso en el aire, producido por la explotación minera de carbón, y ii) "si esta situación podría generar, de inmediato o a mediano o a largo plazo riesgos para la vida humana y su calidad, particularmente de las personas que residen en el contorno de la explotación carbonífera" [...].
>
> 3. Oficiar al entonces Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Rural, al Instituto de Estudios Ambientales de la Universidad Nacional de

---

49 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-397/14 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

50 Ibíd.

> Colombia (IDEA) y a las Universidades Javeriana, Externado de Colombia y de los Andes (en Bogotá), para que resolvieran los siguientes interrogantes:
>
> a. "¿Cuáles consecuencias ambientales, y particularmente sobre el aire y el agua, genera la explotación de carbón en mina a cielo abierto?
>
> b. ¿Cuáles son las medidas a seguir para preservar el medio ambiente, cuando se está realizando una explotación de carbón a cielo abierto?
>
> c. ¿Cuáles son los estándares máximos de contaminación permitidos a nivel mundial y en Colombia, cuando existe explotación minera como la de este caso?
>
> d. ¿La emisión de ruido producto de las máquinas usualmente empleadas en la explotación de carbón a cielo abierto, qué consecuencias produce en el ambiente y la población circunstante?".[51]

Adicionalmente, en el análisis concreto del caso, la Corte determinó, con base en las pruebas estudiadas, que:

i) Existe una concentración de partículas de carbón sobre el contorno de la explotación carbonífera de Drummond Ltd., en el corregimiento La Loma del municipio El Paso, Cesar, la cual tiene origen en el proceso de explotación (24 horas diarias), cargue, transporte y, en fin, la operación que se lleva a cabo por dicha empresa.

ii) Las partículas de carbón, además de la degradación que producen en el ambiente, directamente en sus componentes de aire y agua, su propagación constante genera contaminación hacia vegetales, animales y todo el entorno, con severa repercusión contra la población humana, cuya salud compromete especialmente al causar enfermedades respiratorias y pulmonares.

iii) La explotación carbonífera sí colinda con la finca donde él habita con su numerosa familia, integrada en su mayoría por niños, a cuyos derechos debe otorgarse prevalencia (art. 44 Const.), siendo así mismo claro que los efectos nocivos del ruido y de la dispersión del polvillo de carbón interfieren la intimidad familiar y la salud, golpeando además la tranquilidad, el sosiego doméstico, el aseo, la lozanía y el paisaje, con un eventual demérito al valor del predio.[52]

En la Sentencia T-622 de 2016, que reconoce al Río Atrato como sujeto de derechos, la Corte Constitucional también fundamenta su decisión en estudios, conceptos y criterios técnicos y científicos. Un ejemplo es el concepto del profesor Jesús Olivero, de la Universidad de Cartagena:

---

51 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-154/13 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

52 Ibíd.

> Especialista internacional en toxicología y que ha conducido numerosas investigaciones en materia de contaminación por mercurio y otras sustancias tóxicas, indicó en la inspección judicial realizada en Quibdó las siguientes consideraciones sobre la situación de las comunidades étnicas afectadas por la minería ilegal: […] "Que los organismos sufren importantes afectaciones; una de ellas está relacionada con la pérdida de biodiversidad; y en los humanos el mercurio tiene efectos nocivos en diferentes áreas, el más grave de todos el efecto teratógenico, causante de malformaciones en niños. Señala que aunque no hay pruebas definitivas, sí hay evidencias de que algo está pasando en el río Atrato en relación con la contaminación de sus aguas con mercurio (metilmercurio) y cianuro". A este respecto, citó el ejemplo de Minamata (Japón), una población cuya bahía fue contaminada con metilmercurio hace más de 60 años causando malformaciones y daño cerebral en los niños, hecho que obligó al Gobierno japonés a crear un hospital solo para estos casos que aún existe y trata pacientes.[53]

Otro ejemplo es el concepto del Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt sobre las implicaciones que en la vida, la naturaleza y las poblaciones humanas tiene el uso del mercurio en procesos mineros ilegales que se desarrollan en Chocó:

> La contaminación con cianuro y mercurio es un factor determinante sobre la pérdida de biodiversidad y sobre la salud de los ecosistemas acuáticos. El cianuro tiene un efecto muy intenso pero localmente sobre las especies de una comunidad de organismos acuáticos. *El mercurio tiene un efecto más extendido sobre los ríos y las comunidades de organismos asociados*. El mercurio queda depositado en los sedimentos de los ríos, y al tener un carácter residual, pasa de un organismo a otros, se va acumulando y se fija en las redes tróficas. *En este sentido, termina siendo acumulado por peces y plantas que son consumidas por los humanos y tiene efectos directos sobre la salud humana*.[54]

Un tercer ejemplo es el de la Defensoría del Pueblo, que en la inspección judicial documentó diferentes clases de afectaciones en la salud humana como consecuencia de la exposición al mercurio:

> En la parte alta del río Atrato y del río Andágueda (municipios de Lloró y Bagadó) enfermedades como la malaria y el dengue han aumentado considerablemente debido a los empozamientos de agua generados por la minería ilegal, lo cual atrae a los mosquitos transmisores. Las infecciones urinarias y los cuadros de diarrea son comunes […]. Además los brotes y otras infecciones dermatológicas causadas aparentemente al entrar en contacto directo con mercurio han llevado al abandono de las prácticas

---

53 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

54 Ibíd.

> tradicionales como el baño en el río, lo que amenaza la relación de las comunidades étnicas con el río Atrato. Estas enfermedades afectan particularmente a mujeres embarazadas y a niños y niñas, frente a los cuales es necesario diagnosticar con estudios científicos si los diversos casos de malformación fetal es consecuencia directa del mercurio presente en el agua de los ríos y en los peces.[55]

Un último ejemplo es el del Instituto de Ciencias Naturales de la Universidad Nacional, que, en su intervención ante la Corte, confirmó la clase de afectaciones que se producen como consecuencia del desarrollo de tales actividades en ecosistemas acuáticos y terrestres:

> Concluyó que como consecuencia de las actividades de dragado y de deforestación, pueden ocasionarse alteraciones "como taponamientos y/o desvíos de cursos de agua, desecación de ciénagas, pérdidas en la conectividad de los ecosistemas acuáticos con graves efectos para la biodiversidad de la región". Así como, "pérdida de cobertura vegetal, alteraciones del paisaje y pérdida de hábitat"; a más de "contaminación de los suelos y disposición inadecuada de sustancias químicas".

Adicionalmente, en la sentencia se hace frecuente alusión al cuaderno de pruebas número 5, que contiene un registro fotográfico que muestra no solo la presencia de dragas y campamentos mineros ilegales, sino que también dan cuenta de las transformaciones que ha producido esta actividad extractiva en la selva chocoana y la destrucción de los cauces de los ríos.

Bajo ese entendido, se reitera que la aplicación del principio de precaución por parte de la Corte Constitucional sí ha sido riguroso, pues a pesar de la falta de certeza científica, ha tomado decisiones informadas y soportadas con la evidencia científica existente sobre la irreversibilidad del daño ambiental, así esta no sea absoluta.

Con base en lo anterior, en los considerandos de esta sentencia el órgano constitucional se propone a estudiar, con la información técnica y científica recogida, la minería y sus efectos sobre el agua, el medio ambiente y las poblaciones humanas. Para ello revisa: i) el panorama histórico; ii) las clases de minería que se desarrollan en Colombia; iii) los efectos del vertimiento de mercurio y otras sustancias químicas tóxicas necesarias para la realización de actividades mineras ilegales en el río Atrato, sus afluentes y territorios aledaños; iv) la contaminación del río Atrato, sus afluentes, los bosques y las fuentes de alimento producida por el desarrollo de actividades de explotación minera ilegal en la región, y v) la vulneración de los derechos fundamentales al territorio y a la cultura de las comunidades étnicas accionantes, entre otros.

---

[55] Ibíd.

Con respecto al tercer punto también es importante tener en cuenta que los debates técnicos que ha sostenido la Corte Constitucional no solo han servido para resolver las controversias judiciales en materia ambiental, sino también para mostrar que existe un déficit de información científica en el país con respecto a determinados temas ambientales, como por ejemplo:

> i) [Los efectos de la minería en Colombia, para lo cual la Corte Constitucional ordenó] al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Ministerio del Interior, a la Unidad de Parques Nacionales Naturales, al Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt y a la Contraloría General de la República que conformen una mesa de trabajo interinstitucional, a la cual podrán vincular más entidades y miembros de la sociedad civil, con el objeto de construir una investigación científica y sociológica en el cual se identifiquen y se precisen las conclusiones gubernamentales respecto a los impactos de la actividad minera en los ecosistemas del territorio Colombiano.
>
> ii) [Los efectos de las actividades antrópicas por fuera del Parque Nacional Natural Tayrona, para lo cual la Corte Constitucional ordenó] que en aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad las referidas entidades, bajo la coordinación de la Unidad Administrativa del Sistema de Parques Nacionales Naturales, diseñen en el término de (6) seis meses, contados a partir de la notificación de esta providencia, un plan maestro de protección y restauración del Parque Natural Tayrona […]. El referido plan deberá estar enfocado a contrarrestar los factores estructurales de contaminación ambiental y deterioro de los ecosistemas desde sus fuentes originarias.[56]

Con base en lo anterior se concluye que

i) La Corte Constitucional en sus fallos ha sido cuidadosa de apoyarse para sus decisiones en instituciones u organismos científicos y técnicos que tienen la idoneidad para pronunciarse frente a los conflictos que se dan en el tribunal constitucional.

ii) La aplicación del principio de precaución no ha sido caprichosa por parte de la Corte, puesto que previo a dar aplicación a dicho principio, se ha apoyado en conceptos científicos o técnicos de expertos que demuestran que existe la posibilidad de que se genere un daño o que exista un peligro de daño.

La Corte Constitucional ha ordenado la realización por parte de las autoridades ambientales de documentos técnicos, científicos y de acciones concretas que permitan solucionar la posible falta de certeza científica frente a determinados impactos que se pueden generar en el medio ambiente.

---

[56] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-606/15 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Por último, quiero resaltar que los parques naturales y otras áreas de especial importancia ambiental tienen un trascendental reconocimiento en la Constitución nacional y han recibido una protección muy especial por parte de la Corte Constitucional, cuyas sentencias son profundamente humanas, ecológicas, visionarias y garantistas frente al derecho a un medio ambiente sano. Las sentencias de la Corte Constitucional han dado importantísimos instrumentos para la protección del ambiente y la conservación tanto a la ciudadanía como a las instituciones públicas. Es necesario hacer este reconocimiento a la Corte y alentar a sus magistrados a que continúen por esta senda, avanzando cada vez más en este propósito.

CONFERENCIAS ESPECIALES

The Necessity of Proportionality in the Application of Constitutional Rights

ROBERT ALEXY*

Proportionality is one of the most successful ideas in constitutional law. The phrase "migration of proportionality", be it across Europe[1] or across the whole world, has become an oft-encountered metaphor.[2] This, however, does not say that there exists no critique of proportionality analysis in legal science and no resistance against it in legal practice. So, for instance, Aharon Barak raises, concerning the United States, the question: "Is American constitutional law ready for this change?".[3]

* Philosopher of Law and jurist. He is currently Professor of Public Law at the Christian-Albrechts University of Kiel. He studied Law and Philosophy in Göttingen where he began his studies in 1968. He received his Doctorate in Law in 1976 with a thesis on Theory of Legal Argumentation directed by Ralf Dreir where he indicates that the decisions of the judges must have a "pretension of correction" and that the law has a double dimension: the institutional and authoritarian character (the law, the precedent and the dogmatic) and the ideal and critical character that is achieved through argumentation. This thesis received the prize of the Academy of Historical Philology of the Academy of Sciences of Göttingen. In 1984 he obtained the habilitation with the book Theory of the Fundamental Rights where he introduces the thesis of the differentiation of principialist norms and rules, and the resolution of conflicts between fundamental rights through weighting.

1 Carlos Bernal Pulido, "The migration of proportionality across Europe," *New Zealand Journal of Public and International Law* 11, n.º 3 (2013): 483-515, http://bit.ly/2ZDaUQi

2 A more general version of this metaphor is expressed by the concept of the migration of constitutional ideas. See on this Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).

3 Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 208.

This leads to the question of whether the successful migration of proportionality is a process that might well have gone in a different direction, and that, like a temporary fashion, might well pass away altogether? Is it, that is to say, something that is merely contingent, or do we observe something that is necessary, which, like Aristotle's Syllogistic can, indeed, be refined, deepened, and analyzed where its peculiarities are concerned,[4] but in its core endures in time and space? This is the necessity question.

Necessity and Contingency

The principle of proportionality is necessary if it can claim validity in all legal systems. What can claim validity in all legal systems has absolute validity. Absolute validity is, as such, non-positivistic validity. On the other hand, what can only claim to have validity in some legal systems has merely relative validity. Relative validity is positivistic validity. This distinction applies not only to the principle of proportionality as a norm about the application of constitutional rights, but also the constitutional rights themselves, and to the institutionalization of the protection of constitutional rights using constitutional review. This leads to three questions, which are systematically closely connected: (1) Do constitutional rights have an absolute character? (2) Does the principle of proportionality have an absolute character? (3) Does constitutional review have an absolute character? Only the second question shall be discussed here.[5]

To answer this question, the distinction between the absolute and the relative has to bear a connection with the concept of the extent or degree of the absolute and the relative. If the highest degree of the absolute has to be assumed at all three stages, then all constitutions will have to contain the same constitutional rights, all applications of constitutional rights will have to lead to the same results, and the institutionalization of the protection of constitutional rights will have to be arranged everywhere in the same way. By contrast, if the highest degree of the relative has to be assumed at all three stages, then everywhere everything is possible. The assumption that these two extremes must be precluded suggests itself. This implies that the correct solution is going to consists of a connection of the absolute with the relative dimension. The main features of the

---

4 See Günther Patzig, *Die Aristotelische Syllogistik*, 3rd ed. (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1968).

5 On the first and the third question see Robert Alexy, "The existence of human rights," *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, supplement 136 (2013): 9-18; id., "Constitutional rights, democracy, and representation," *Rivista di Filosofia del Diritto* 4 (2015): 23-35, http://bit.ly/2XRSqKi

construction of this connection concerning proportionality are the object of my consideration.

Absolute and Relative Elements in Proportionality Analysis

The problem of the absoluteness of proportionality comprises two questions: (1) the question of the absoluteness and relativity of the principle of proportionality as such, and (2) the question of the absoluteness and relativity of the application of the principle of proportionality. The respective answers to these two questions presuppose an analysis, as precise as possible, of proportionality. The tools for this are provided by principles theory.

The Absoluteness of the Principle of Proportionality

a) Principles Theory

The basis of principles theory is the norm-theoretic distinction between rules and principles.[6] Rules are norms that require something determinate. They are *definitive commands*. Their form of application is subsumption. By contrast, principles are *optimization requirements*. As such, they demand "that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities".[7] Rules aside, the legal possibilities are determined primarily by opposing principles. For this reason, principles, each taken alone, always comprise merely *prima facie* requirements. The determination of the appropriate degree of satisfaction of one principle relative to the requirements of other principles is brought about through balancing. Thus, balancing is the specific form of application of principles.

The nature of principles as optimization requirements leads straightaway to a necessary connection between principles and proportionality. The principle of proportionality consists of three sub-principles: the principle of suitability, of necessity, and proportionality in the narrower sense. All three sub-principles express the idea of optimization. For this reason, the nature of principles implies the principle of proportionality and vice-versa. One who accepts the principle of proportionality must recognize the character of constitutional rights as principles, and one who agrees with the character of constitutional rights as principles must accept the principle of proportionality.

---

6 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (first publ. 1985), trans. Julian Rivers (Oxford: Oxford University Press, 2002), 47-8.

7 Ibid., 47.

Principles as optimization requirements demand an optimization relative to the factual possibilities as well as relative to the legal possibilities. These principles of suitability and necessity refer to optimization relative to the factual possibilities while optimization relative to the factual possibilities concerns the question of whether one position can be enhanced without detriment to the other.[8] Thus, the first two sub-principles require Pareto-optimality.

Optimization relative to the factual possibilities consists in avoiding avoidable costs. Costs, however, are unavoidable when principles collide. Balancing then becomes necessary. Balancing is the subject of the third sub-principle of the principle of proportionality, the principle of proportionality in the narrower sense. This principle expresses what optimization relative to the legal possibilities means. It is identical with a rule that can be called the "law of balancing".[9] It states: "The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other."

The law of balancing excludes, *inter alia*, an intensive interference with principle P_1 that can only be justified by assigning low importance to the satisfaction of the colliding principle P_2. To allow the interference under these conditions would not be an optimization of P_1 *together with* P_2.

b) Weight Formula

Nearly everywhere in constitutional adjudication, the law of balancing is found in different formulations. It expresses the essence of balancing and is of great practical importance. If, however, one wishes to achieve a precise and complete analysis of the structure of balancing, the law of balancing has to be elaborated further. The result of such a further elaboration is the weight formula.[10] It runs as follows:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

"$W_{i,j}$" represents the concrete weight of the principle P_i relative to the colliding principle P_j. The weighting formula defines this concrete weight as the quotient of three factors standing, so to speak, on each side of balancing. I_i and I_j are of special importance. "I_i" stands for the intensity of

---

8 Ibid., 67-9.

9 Ibid., 102.

10 See Robert Alexy, "The weight formula," in *Frontiers of the Economic Analysis of Law*, eds. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek, and Wojciech Załuski (Krakow: Jagiellonian University Press, 2007), 25.

interference with P_i. "I_j" represents the importance of satisfying the colliding principle. I_j, too, can be understood as the intensity of interference, that is, as the intensity of interference with P_j through non-interference with P_i. "W_i" and "W_j" stand for the abstract weights of the colliding principles P_i and P_j. When the abstract weights are equal, which is often the case in collisions between constitutional rights, they cancel each other out. "R_i" and "R_j" represent two factors that have received ever greater attention in recent discussions on constitutional rights. They refer to the reliability of the empirical and normative assumptions[11] concerning the question of how intensive the interference with P_i is, and how intensive the interference with P_j would be if the interference with P_i were omitted. This is a factor that does not refer to the things; that is, it is not an ontic factor. Instead, it is a factor that relates to knowledge; that is, it is an epistemic factor. Beyond that, the reliability of the normative assumptions can also relate to the classification of the abstract weights, that is, to W_i and W_j.[12]

A formula like the weight formula, which expresses a quotient of two products, is sensible only if numbers can represent all of the factors. This is the problem of graduation. Elsewhere,[13] I have proposed a discrete, that is, a non-continuous triadic scale, in which geometric sequences are implemented. This scale assigns the values "light" (*l*), "moderate" (*m*), and "serious" (*s*) to the intensity of interference and the abstract weights. These values are expressed by the numbers 2^0, 2^1, and 2^2, that is, by 1, 2, and 4. Where the epistemic side is concerned, that is, R_i and R_j, one can work with the stages "reliable" or "certain" (r), "plausible" (*p*), and "not evidently false" (*e*), to which the numbers 2^0, 2^{-1}, and 2^{-2}, that is, 1, ½, and ¼, are to be assigned.[14] Using these triads, most of the decisions of

---

[11] That R_i and R_j refer to empirical as well as to normative assumptions can be expressed by the following equation:

$$R_i = R_i^e \cdot R_i^n$$

This equation might be called "reliability equation". In cases in which both the empirical and the normative reliability are in question, R_i and R_j are to be substituted by the respective products on the right side of the reliability equation. In this way, the following refined version of the weight formula enters the stage:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{I_j \cdot W_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

See on this Robert Alexy, "Formal principles: Some replies to critics," *International Journal of Constitutional Law* 12, n.º 3 (2014): 514, https://doi.org/10.1093/icon/mou051

[12] It might be possible that this can be captured by the following refinement of the reliability equation, which would lead to a refinement of the refined weight formula:

$$R_i = R_{Ii}^e \cdot R_{Ii}^n \cdot R_{Wi}^e \cdot R_{Wi}^n$$

But this shall not be pursued further here.

[13] Alexy, "The weight formula," *op. cit.*, 20-6.

[14] Ibid., 25.

constitutional courts can be grasped. Where they do not suffice, that is, where one has to introduce more attenuated graduations, they can be extended to double-triadic scales.[15]

If the concrete weight ($W_{i,j}$) of P_i is greater than 1, P_i takes precedence over P_j; if it is smaller than 1, P_j precedes P_i. If, however, the concrete weight ($W_{i,j}$) is 1, a stalemate exists. In this case, it is permitted either to perform the measure in question or not to perform it.[16] This means that the state, in particular, the legislator, has discretion. This plays a considerable role in the relative dimension of the application of the principles.

c) Balancing and Argumentation

Matthias Jestaedt has objected to the weight formula on the ground that "its claimed, or at least implied, precision is", on closer inspection, "revealed to be a mere illusion, a methodological chimera".[17] Along similar lines, Stavros Tsakyrakis speaks of "the myth of mathematical precision", which must be rejected where "judicial reasoning" is concerned.[18] At first glance, the objection that the weight formula represents an attempt to replace argumentation by calculation, and that this is doomed to failure, and that the formula, therefore, can never ascend to the absolute dimension, does indeed suggests itself. The basic elements of the weight formula are numbers; the basic elements of legal discourse are arguments. Numbers can well relate to measuring instruments, say, with thermometers. Alongside the thermometer, however, there exists no argument. The answer is this. The numbers that have to be substituted in the variables of the weight formula represent classifications, in the case of the variables I_i and W_i as well as in that of their counterparts, the classifications as "light," "moderate," and "serious". An example is an interference with the freedom of speech (P_i), which serves to protect the personality right (P_j). If the interference with the freedom of speech has to be classified as serious, that is, if I_i receives the value 4, then the number 4 stands for nothing other than the proposition: "The interference with the freedom of speech is serious". The same applies if the interference with the personality right

---

15 Ibid., 22-3.

16 Robert Alexy, "Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit," *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 61 (2002): 22-6.

17 Matthias Jestaedt, "The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses," in *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, ed. Matthias Klatt (Oxford: Oxford University Press, 2012), 165.

18 Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An assault on human rights?," *International Journal of Constitutional Law* 7, n.º 3, (2009): 472, https://doi.org/10.1093/icon/mop011

through non-protection has to be classified as light. The number 1, then, stands for the proposition "The interference with the personality right through non-protection would be light". The pivotal point, now, is that such propositions —one might call them "classification propositions"— are, as propositions or assertions in general, in need of justification. The question is whether they are capable of justification.

Ralf Poscher, like Alexander Somek,[19] believes that "the balancing process itself depends on our intuition as to the relative weight of the conflicting principles".[20] One can call this the "intuitionism thesis". The reply to the argument from intuitionism —just as to Bernhard Schlink's argument from decisionism[21] and Jürgen Habermas's argument from arbitrariness—[22] is the argumentation thesis.

The argumentation thesis says that propositions about the intensity of interference and degrees of importance lend themselves to rational justification. An example is presented by a decision of the German Federal Constitutional Court in 1997 on the duty of manufacturers of tobacco products to place health warnings on these products respecting the dangers of smoking.[23] This is a minor or light interference with the freedom to pursue one`s profession. By contrast, a total ban on all tobacco products would count as serious interference. Between such minor and severe cases, others of moderate intensity of interference can be found.

An example would be a ban on cigarette machines along with the introduction of provisions restricting the sale of tobacco to selected shops. If classification propositions merely expressed intuitions, decisions, or arbitrary acts, then to a classification of the duty to place health warning as a serious interference or to a classification of the total ban on tobacco products as a light interference, one could only respond with counter-intuitions, anti-decisions, or opposite arbitrary acts. It is of vital importance for the rationality of balancing those absurd classifications such as these can be countered with arguments. These are not always as striking as in our examples. But this issue belongs to the field of the absoluteness and relativity of the application of the principle of proportionality. In any case, under the aspect of the justification of the absoluteness of the principle of

---

19 See Alexander Somek, *Rechtliches Wissen* (Frankfurt: Suhrkamp, 2006), 135.

20 Ralf Poscher, "The principles theory. How many theories and what is their merit?," *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, ed. Matthias Klatt (Oxford: Oxford University Press, 2012), 241.

21 See Bernhard Schlink, "Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion," *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 11 (1984): 462.

22 See Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (first publ. 1992), trans. William Rehg (Cambridge: Polity Press, 1996), 259.

23 BVerfGE 95, 173, "Warnhinweise für Tabakerzeugnisse," http://bit.ly/2Wbfz9Q

proportionality as such, an important first step is taken with the finding that a weight formula is an argument form[24] of legal discourse.

The mere reference to the controversial character of balancing as part of proportionality analysis does not, however, yet suffice to establish the necessity, and with it the absoluteness, of proportionality. There might exist other forms of argumentation which are more rational then balancing as illustrated by the weight formula, or at least as rational.[25] This is the problem of alternativity. Three alternatives shall be considered: (1) subsumption or classification, (2) the reasonableness test, and (3) the protection of minimum positions.

The subsumption alternative attempts to shift the examination of violations of constitutional rights completely into the interpretation of the words used in the constitutional rights provisions. To be sure, some cases can be resolved by mere reference to the wording of the constitution. This, however, cannot be performed rationally in cases of collision of constitutional rights and of collision of a constitutional right with collective goods.

The second alternative is the reasonableness test. The concept of reasonableness is understood in very different ways. A narrow version is to be found in the British *Wednesbury* judgment from 1948. According to it, a decision is unreasonable when it contains "something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority".[26] An absurdity test such as this is, however, too weak. An extended version of reasonableness or *ragionevolezza* includes in this concept everything, in principle, that can count as a criterion of functional correctness. If this comprises proportionality, and if the relation of proportionality to the further elements is determined, the reasonableness test is no real alternative to proportionality analysis. It is the point of the argumentation thesis that proportionality analysis relates to the further rules and forms of rational legal discourse. A broad version of the reasonable test, however, is a poor alternative to proportionality analysis if it simply makes indistinct reference to a bundle of topics. The weighting formula makes explicit which elements —one might even say which powers— are significant for the limitation of constitutional rights and how they are related to each other. With this, it introduces, in Barak's words, "order into legal thought".[27]

---

[24] On this concept, see Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (first publ. 1978), trans. Ruth Adler and Neil MacCormick (Oxford: Clarendon Press, 1989), 92.

[25] Bernal Pulido, "The Migration of Proportionality across Europe", *op, cit.*, 508.

[26] Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation (1948) 1 KB 229.

[27] See Aharon Barak, *The Judge in a Democracy* (Princeton: Princeton University Press, 2006), 173.

The third alternative to be considered here is the protection of minimum positions, as brought into play by Schlink[28] and Poscher.[29] This alternative would make possible in constitutional law propositions such as the following: "The interference with the constitutional right is constitutional, even though it is serious and justified only by a reason with a low or light weight, for the minimal position is observed". For the thesis of minimum position, it is enough for the constitutionality of a —suitable and necessary— interference that the minimal position not be infringed. Constitutional interferences, however, are justified interferences.[30] Now it seems to be true that an interference with a constitutional right is unjustified when it is certain that the interference is serious from the point of view of the constitution and the reason justifying the interference has, again from the point of view of the constitution, only a lightweight. This implies that, according to the thesis of minimal position, there exist unjustified justified interferences. This leads into the "*regno delle assurdità*",[31] the kingdom of absurdity.

Under the aspect of finality, no list of alternatives is complete. Something new can always appear. Nevertheless, the previous considerations give rise to the assumption that proportionality as such will have stability over time that compares with Aristotle's Syllogistic. Should this assumption be correct, the principle of proportionality would have absolute validity and, therefore, as a principle a necessary character.

The Relativity and Absoluteness of the Application of the Principle of Proportionality

That the principle of proportionality has an absolute character does not mean that its application must also possess such a character. One who thinks that everything can always be brought within the variables of the weight formula, that is, that all classifications are always possible, supports the thesis of the complete relativity of the application of the principle of proportionality. Schlink comes quite close to this thesis when he says that "the optimization requirement is such an open concept that allows for the justification of every not completely nonsensical state interference

---

28 Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht* (Berlin: Duncker & Humblodt, 1976), 76-8, 192-9.

29 Poscher, "The principles theory. How many theories and what is their merit?", *op. cit.*, 232, 237.

30 Or shall there exist unjustified interferences that are constitutional where "unjustified" means "constitutionally unjustified"?

31 Federico Pedrini, "Colloquio su Princìpi, Diritto e Giustizia. Intervista al Robert Alexy," *Lo Stato* 2 (2014): 151.

with freedom".[32] If the thesis of complete relativity applied, the third sub-principle of proportionality, as explicated by the weight formula, would be a criterion that is no criterion. This would have the systematic consequence that the third sub-principle has to be rejected. It would lose its compelling character. Now one could think of setting against the thesis of complete relativity the thesis of complete absoluteness of the application of the principle of proportionality. This would imply that all constitutional courts and all supranational and international courts concerned with supranational or international human rights would have to arrive, in all sufficiently similar cases, at the same decision. It is easy to say, then, that neither complete relativity nor complete absoluteness can be right, and that, therefore, a middle course has to be pursued. But this statement, as with middle-course theses in general, has little value apart from the construction of this middle course.

The basis on which the relationship between relativity and absoluteness in the application of the principle of proportionality has to be determined is the theory of discretion. Discretion theory cannot be presented here in any detail.[33] I will confine myself to indicating using an example taken from the jurisdiction of the European Court of Human Rights how the relativity of the application of the third sub-principle of proportionality, that is, of balancing, can be constructed with the help of the weight formula.

The case I want to present concerns one of several kinds of discretion, specifically speaking, the end-setting discretion. The legislator has end-setting discretion to the extent to which the constitution gives him the free choice of the reasons for interferences with constitutional rights, say, by explicit reservation clauses.[34] The *Lautsi* judgment of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights presents an example of end-setting discretion. The decision concerns the question of whether crucifixes in Italian state-school classrooms violate the religious right to education on the part of the parents in article 2 (2) of Protocol no.1 to the European Convention on Human Rights, and, what concerns the children, their right to education in article 2 (1) of Protocol no. 1 or their religious freedom under article 9 European Convention on Human Rights. After classifying the measure as interference[35], the court identifies as the reason for this interference the end sought by the Italian government, namely,

---

32 Bernhard Schlink, "Grundrechte als Prinzipien?," *Osaka University Law Review* 39, n.º 41 (1992): 54, http://bit.ly/2VsqDT7

33 Alexy, "Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", *op. cit.*, 15-30.

34 Ibid.,17.

35 ECHR, 18.3.2011 – 30814/06, Lautsi and Others v. Italy (Grand Chamber), § 65.

to perpetuate a tradition it conceives essential for the identity of Italy.[36] Regarding this purpose, end-setting discretion is clearly assumed: "The Court takes the view that the decision whether or not to perpetuate a tradition falls in principle within the margin of appreciation of the respondent State".[37] With this, the tradition is elevated to the rank of a countervailing principle.[38] This principle, P_j, has to be balanced against religious freedom as connected with education, P_i. Now the European Court of Human Rights classifies, in marked contrast to the German Federal Constitutional Court,[39] the interference with religious freedom as light,[40] that is, I_i receives the value 1. The intensity of the hypothetical interference with the traditional principle through a prohibition of crucifixes is not clearly determined. Much in the decision, however, indicates that the European Court of Human Rights assumes a moderate intensity of interference here. Thus, I_j receives the value 2. It can be assumed that the values of the two other variables of the weight formula are equal in the present case. Therefore, they play no role in the determination of the concrete weight of P_i, that is, of $W_{i,j}$. For this reason, $W_{i,j}$ receives the value ½. This value is lower than 1. That implies that P_j, the tradition principle, takes precedence over P_i, the principle of religious freedom. Thus, interference is proportional. Much more could be said about this decision. Here, however, only one point needs to be emphasized and generalized. The relativity generated by end-setting discretion consists in the fact that when, due to a case of the state's end-setting, the concrete weight ($W_{i,j}$) of the right affected is not greater than 1, then whether the holder of the right must suffer the interference or not depends on the decision of the state. This is a clear case of relativity or contingency of the application of constitutional rights.

The relativity of the *Lautsi* decision, however, does not imply that every application of the proportionality principle is relative or contingent. It suffices to change the case a little bit to arrive at absoluteness or necessity in the implementation of proportionality. If the case did not concern crucifixes at the wall but the obligation of all pupils to participate in a common praying of *Our Father* at the beginning of the school day, independently of whether they are Christians or not, the picture would change completely. The intensity of the interference with the freedom of religion would increase radically. It would no longer be a light interference.

---

36 Ibid., § 67.

37 Ibid., § 68.

38 Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, 81-2.

39 BVerfGE 93, 1 (18).

40 ECHR, Lautsi and Others v. Italy, *op. cit.*, § 72.

On the contrary, it would have to be classified as more than a moderate interference, that is, as a serious interference. I_i would receive the value 4. Now, the intensity of the interference with I_j by not allowing the obligatory common Christian praying does not increase. What is more, one might even assume that the Italian tradition and identity is stronger infringed by a ban of crucifixes at the wall than by a prohibition on obligatory common Christian praying. But that shall not be further explored here. It suffices to state that the value of I_j is now lower than that of I_i. If one assumes that it is a moderate interference, what is represented by the value 2, and if the other variables continue to have on both sides the same values, P_1 receives the concrete weight 2. That is, $W_{i,j}$ is greater than 1, that means that the freedom of religion, P_i, has precedence over the protection of the protection of tradition and identity, P_j. That is to say that the obligatory common Christian praying is disproportional and, therefore, unconstitutional.

This is a case of an application of the principle of proportionality that is necessary. That shows that the implementation of the principle of proportionality, even when it is, other than the principle of proportionality itself, not as such absolute, nevertheless is not as such relative. It comprises a relative as well as an absolute dimension.

The Colombian Constitutional Court and Sustained Judicial Power

DAVID E. LANDAU*

I want to discuss the Colombian Constitutional Court in light of a problem one might call institutionalized judicial activism. What I mean by this is a court that manages to exercise a high level of intervention on politics and society over a long period.

My starting point here is some observations by Mark Tushnet in some of his recent talks. It is very common for the first constitutional court after the founding to be something like a "heroic court". Often this is a court that because it is writing on a blank slate, with high expectations. It is very common for this court to issue some extraordinary decisions, and to make a significant impact on the political system. Tushnet was speaking in this case at a conference including justices of the Indonesian Constitutional Court, but I think the observation is applicable to many other cases in the world including, for example, the Constitutional Courts of Hungary and South Africa. The problem, in Tushnet's view, is what happens after that first court. According to Tushnet, the normal path is for there to be a significant drop off in activism and sometimes in quality concerning a constitutional court after the first court. This can be a steep drop sometimes, as in Indonesia, or a more gradual drop. But there almost always is

* Doctor in Jurisprudence and Ph.D. in Political Science from Harvard University. He is Associate Dean of International Programs at the College of Law-Florida State University and has published in several journals, such as the *Harvard International Law Journal*, the *UC Davis Law Review*, the *Boston College Law Review* and the *Alabama Law Review*. In 2011, he served as a consultant on constitutional matters for the Truth and Reconciliation Commission of Honduras.

a significant change. Sometimes this is caused by a change in personnel or a backlash of the political system against the court. So, the first court ends up being very strong, and the second court much more timid, or much less independent. In other cases, the key court might not be the first court, but the judicial has a moment at which it appears there is a significant increase of activism or judicial power, and then things kind of go back to the way previously. One might think of the Warren court in the United States as an example.[1]

In this sense it is very striking that the case of Colombia has been distinct. It shows a different pattern in which, to be sure, the first courts and the early courts were quite powerful and had a great impact, but the court has never lost its basic orientation towards the political system. The ex-justice Manuel Jose Cepeda and I this year published a book of translated decisions of the Colombian Constitutional Court, and one thing that was striking is how much the important jurisprudence of the court is scattered across different eras. This is, I think, very important and distinctive in comparative terms. There may be some other examples of this kind of dynamic, in places like India, but it is quite rare. One important question for comparativists is why this pattern has emerged. In other words, how has the court managed to institutionalize a level of judicial power over a long period of time? I have discussed that question in some of my prior work.

My focus in this essay will be a bit different. It will ask about the effects of the court's decisions in different areas, concordant with the overall purpose of this conference. And I want to do this in a comparative way.

The question or what impact a strong court has on its political system and society over time is without question an extremely important one. It matters immensely because there is an ongoing academic debate about whether having a strong court in a new democracy is a good thing. Stephen Gardbaum[2] is an example of an academic who has expressed great skepticism about strong courts, his argument is that there is a high risk of backlash in new democracies. Others, such as Tushnet,[3] claim that strong courts may distort the development of political institutions. These scholars call for a weak-form review, both as a matter of judicial design and self-restraint in jurisprudence so that courts do not overreach. The

---

1 You can read more about the Warren court in http://bit.ly/2IZwYi1

2 Stephen Gardbaum, "Are strong constitutional courts always a good thing for new democracies?," *Columbia Journal of Transnational Law* 285 (January 2015): 36, http://bit.ly/2IKAL3x; Stephen Gardbaum, "What makes for more or less powerful constitutional courts?," *Duke Journal of Comparative & International Law* 29, n.º 1, (December, 2018): 41, http://bit.ly/2XSgFIm

3 Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (New Jersey: Princeton University Press, 2008), 312.

Colombian case is therefore close to the center of a broader debate about how courts should act in newer or less settled democracies.

Overall, I want to make two broad points here. They both point at the same broad direction: that there is a tremendous amount we do not know about the effects of different kinds of decisions, even though there has been a lot of research in recent years.

The first is a point about remedial creativity, or one might say experimentalism. I want to frame this debate in the context of socioeconomic rights. At one time the focus of jurisprudence on social rights was almost entirely focused on methods of interpretation. But that has clearly changed. The orders of the court, and their impact has become a significant focus of study. And yet, we are still at the beginning stages of learning about when judicial orders are particularly impactful and how they work.

There are of course a large number of orders that can be used for enforcing social rights. The Colombian Court has used virtually all of them. Courts can, for instance, enact individual remedies for violations, giving citizens for example access to rights like the right to health. They can also use their orders in a negative sense, helping to block retrogression from the *status quo*. And there are various forms of complex orders that courts can use, which range broadly from what are sometimes called a weak-form review to structural injunctions. There are really lots of different forms of complex review.

I think what we have learned through experience is that there really is no single perfect type of order. There is instead a complicated set of tradeoffs between approaches. Individual orders, for example, are more natural for a judge to give, even if they sometimes are ineffective at changing broader practices. Structural injunctions, in contrast, are quite expensive. The answers to a right approach are also extremely contextual. Much depends on factors that are not completely determined by the scope of the order, such as the nature of civil society and the political context. It is highly unlikely I think that we will ever be able to agree on one model or a best practice for the orders enforcing social rights. Instead, the best theory on this issue is highly contextual and sensitive to political and social conditions. There are also ways to make every kind of remedy more effective.

That said, one of the most reliable findings we have in the empirical literature is structural orders do a better job at performing specific tasks than individual forms of enforcement. Individual forms of enforcement such as the *tutela* and the *amparo* are most likely to reach only the plaintiffs in this case: in some cases, the results do become generalized in certain times and countries, but that seems to depend very much on aspects of the political and legal context that are difficult to predict or to manipulate. Structural remedies, in contrast, can make some changes

to the bureaucratic structure. Individualized forms of enforcement also often have difficulty reaching the most marginalized members of society, for reasons that are now well known: individual remedies tend to be used by those who have recourse to sue, rather than by more impoverished or more marginalized citizens. These are tendencies too, not certainties, and they are also affected by context, particularly the nature of a civil society support structure and the complexity of the instrument. But they seem to be reasonably strong tendencies overall. In contrast, structural forms of enforcement may hold more promise for reaching the poor and therefore achieving socioeconomic transformation. This does not mean that every structural remedy will do so, of course, but just that this is more of a possibility with structural orders.

Here in Colombia, it seems to me that the court's use of structural orders, especially but most exclusively the state of unconstitutional conditions doctrine and related orders, responded to these kinds of factors. The declarations, and really the doctrine itself, has built into it an idea that the court should use a structural remedy in cases where the problem is massive in scope, and especially where relying solely on individual orders would raise significant equity concerns. The internally displaced persons and health care are also two cases where switching to a structural remedy very plausibly allowed the court to have a broader effect, and to impact a more marginalized population than would be the case otherwise.

The other point is that structural remedies are extremely hard in some senses. They demand a creative and experimental court because the orders given in these cases cannot easily be reduced to a simple formula. They must instead be tailored to a particular context. Furthermore, as shown most dramatically by Cesar Rodríguez and Diana Rodríguez,[4] the monitoring in these kinds of cases requires substantial effort to work well. We now know, based on several experiences around the world, that this kind of monitoring involves a lot of energy from a court, probably over a fairly long period. Those structural cases that seem to have been relatively successful are usually those in which the court puts forth considerable effort into monitoring the judgment and issuing follow-up orders, and mainly has been able to draft in allies from civil society. This has been true for example of the displaced people case in Colombia, as well as the right to food case in India. In both of these two large cases, as is now well known, the courts have relied heavily on monitoring mechanisms and on constructing a role for civil society groups.

---

[4] Cesar Rodríguez Garavito and Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia* (Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010), 294, http://bit.ly/2L8mHTA

One result of this difficulty is that structural remedies are actually quite rare in most places. There has been a greater spread of these devices in recent years than in the past. Aside from Colombia, for example, you have seen a relatively aggressive use of structural remedies in Argentina and some hint of them more recently in Brazil. But they are still relatively rare in most countries. And their spread is likely to be somewhat slow, because they depend on a and progressive conception of the judicial role. In many countries in the world, the judiciary has merely an attitude that suggests these kinds of orders are not really the proper role of a court, that they violate some traditional conception of the separation of powers. The South African Court is an interesting example of a court that is deeply sophisticated but also often viewed as politically constrained and operating in a legal context where the prevailing ethos is formal. In that sort of a context, the court has usually operated from an interesting mix of creativity and deference. It orders, which Tushnet and others call a weak-form review, are very creative in seeking to remedy problems particularly and to spur political action. But the court has been mostly unwilling to exercise a supervisory jurisdiction or to monitor compliance otherwise or take the managerial role. The Canadian Supreme Court is another famous court that has nonetheless, because of its role conception and related matters, been generally unwilling to undertake structural remedies for socioeconomic rights. For example, in case X it refused to take jurisdiction at all over a set of complaints alleging violations of the right to housing and related rights concerning the homeless population in a particular province, and generally held that structural orders of that type would be outside its competence.

A related point is that there is a fairly standard progression of events whereby courts experiment with structural remedies, then both the court and the public experience some frustration, the judiciary also becomes tired of these cases, and then one sees a pullback in the extent to which a court is willing to take on these sorts of cases.

This dynamic is very notable with the federal judiciary in the United States. There the 1960s and 1970s were periods of a very high level of activism across a range of issues, including for example school desegregation and prison reform. Courts issued broad structural injunctions, and in the case of the United States, these cases were generally managed by federal judges located in each state, who usually issued structural injunctions covering the cities or states where they worked. These cases were challenging, as one might expect, and the scholarly debate on them continues. Some scholars, then and now, have asserted that the judges issuing these orders lacked sufficient competence to resolve the social problems at issue. Others have noted the extreme length and difficulty of these cases:

in many cases, the injunctions went on (and some continue) for many decades, with a large number of follow-up orders.

On the other hand, some scholars have noted how courts took on tasks that the political system could not or refused to treat, such as prison reform and the rights of racial minorities in schools. These cases tended to achieve slow but important progress through time. This ameliorated some of the most obvious problems in the system. Over time, though, the problems became more sophisticated and more difficult. Take schools as an example. They were facially desegregated over time, but disentangling the effects of many years of segregation was extremely difficult. New and subtler devices, such as creating a new school or just restrictive forms of land use laws, can sometimes have a similar effect as intentional segregation. In prisons, as Feeley and Rubin argue in a famous book, the most obvious forms of cruelty associated with an old model of prisons was stamped out, but this has not always or necessarily made prisons into more humane places, and in some sense may have just led to a migration in practices towards more sophisticated practices.

By the 1980s, the federal judiciary had become much more reluctant to enter into these cases. This is not merely because the problems had been solved, or there were not still serious problems warranting structural judicial intervention. There were and are. Nor is it the case that the interventions did not work. As noted above, much progress was achieved, although that progress was quite difficult and at times slow.

What changed were the attitudes of the judges and the political context in which they worked. And maybe more than anything, a kind of tiredness with the prior judicial activism, a sense that it had just run its course. The result has been a judiciary that for the most part became much more interested in the traditional functions of a court and no longer saw these kinds of structural interventions, in the name of the constitution, as being part of its job description or conception of judicial role.

This is where I think a conception of institutionalized activism like the one possessed by the Colombian Constitutional Court is so distinctive and so challenging to maintain. It provides a court with an ongoing sense of how it should act, not just over a short period but over a longer one. This is very rare, and I think quite important.

The final issue I want to treat here is of the kinds of impacts of judicial decisions. This is, I think, a very complex issue, especially when evaluating such a powerful court that has made so many landmark decisions over such a long period of time as the Colombian Constitutional Court. The challenge of figuring out what a court has achieved in a particular decision or line of cases is very complex because there are so many different pathways

through which impact can work. Some of these are direct, but many work through the political process or public opinion.

I will give you a very famous example from South Africa —the Grootboom case. This is a case involving the right to housing in South Africa, particularly for the very poor who were in immediate need of at least minimally adequate shelter. In a famous order, the court held that the existing government programs had violated the right to housing because they made no provision for people in the situation of the plaintiff. But they also refused to give any individual or structural relief, instead just giving a weak order declaring that there was a problem and that the parliament had an obligation to fix it.

Now, this is very obviously an order issued in a particular, and constrained legal and political context. And it is almost always viewed as a failure. The symbol of this failure is that the plaintiff at issue in the case, Ira Grootboom, died without ever receiving a house. But a lot of recent work has suggested a much more complex picture. The community at issue, in that case, took the decision and used it to force better housing programs out of the government. Even though Grootboom died without a house, the case did spur a development program that eventually did lead to far better housing for those her impoverished community. Beyond this, the decision had broader effects. Civil society groups used the decision to pressure government actors to undertake better housing policy, efforts that over time have born some fruit. Finally, governments were affected by an environment in which they were now on notice that their fields could be subject to similar pressures as those in place in Grootboom, in other words, that their programs could also be declared insufficient from a policy standpoint. So, some recent work suggests that the overall impact of Grootboom on the political process and civil society may have been substantial. The point is not to argue that the decision was an unmitigated success, but to show that the picture is more complicated. There are a number of pathways through which judicial decisions might and did work in the Grootboom case.

This complexity of the relevant causal pathways is significant and makes the task of analyzing the impact of a judicial decision more challenging, even after many years. Some of the most pertinent causal pathways depend on the reaction of political actors and civil society to a given decision. Even more broadly, they may rely on the creation of a democratic culture by the public. One of the great successes of the *tutela*, in this view, has been that it has created a widespread sense in Colombia of the importance of the constitution. I think that this has had a range of likely effects on the political process.

The multiplicity of causal pathways and the importance of civil society to success has I think a number of very rich implications. To me, it suggests that there is a strong case for judges to be sensitive to the political context in which they are working. The more obvious and I think well-accepted version of this is with respect to thinking about ways in which judges can support and build up civil society. This is, as I said, in part because there is now fairly compelling evidence that structural injunctions, as an example, tend to succeed when courts have strong support from civil society groups. Specific measures that courts take can help to build up this support. I tend to think for example of the civil society commissions in the IDP and health cases, and the public hearings in those and some other cases, as examples of this kind of move. Those are procedural mechanisms that seem designed in part of empowering a civil society that can then aid the court in monitoring the state and pushing forward compliance. The Indian Supreme Court in the right to food case likewise has taken a number of measures to draft in civil society, through somewhat similar mechanisms. In these cases, then, there is some civil society support for the court at the time of intervention, but the court's actions strengthen the level of that support.

A more controversial implication would be to target judicial review to some degree towards areas where the landscape of political support and civil society support is such that the intervention is likely to be maximally successful. This would mean areas, in theory, where there is neither so little support that the intervention is pointless, nor so much that whatever the court is trying to do would happen anyway. I am not certain whether this kind of targeting of judicial review is a legitimate function for courts. There seems to be something possibly problematic about a court taking these considerations into account. At the same time, I tend to believe that this kind of thinking has some relevance to judicial review. This is for several reasons. The first is that the general function of a constitutional court is to realize the constitution. Especially in a case like the Colombian where the constitution at issue is transformative in nature, this means there are many things to be done, and many areas where the constitution has yet to be fully realized. A court, on the other hand, is an institution with scarce resources; it cannot do everything. To me then it seems that there is arguably a kind of implicit constitutional duty of a court to consider these factors, even if they are not always dispositive, at least at the level of crafting the order. And this point seems especially pressing in the context of structural remedies, which take up such a high percentage of the court's resources, time, and personnel.

To conclude, I guess I have asked in a sense both what makes what I have called the Colombian Constitutional Courts institutionalized form of

activism sustainable, and how one might think about the effects of those decisions. My answer, in a sense, is that success likely has rested and will continue to lean in part on a judicial understanding of the social and political context in which intervention occurs.

Balance de 25 años de jurisprudencia de la Corte Constitucional
se terminó de imprimir en octubre de 2019,
en los talleres de Javegraf, Bogotá. D. C., Colombia.
Compuesto con tipos Stone Sans y Stone Serif
e impreso en papel bond beige de setenta gramos.