

Boletín Nº 9 del

Instituto de Estudios
Constitucionales

Escuela de Derecho

DIRECTOR: JORGE VÉLEZ GARCÍA

TERRITORIOS INDÍGENAS.

Jorge Vélez García

¿HACIA UN ESTADO SOCIAL?

Luis Javier Moreno Ortiz



Universidad Sergio Arboleda

Universidad Sergio Arboleda

BOLETÍN DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TERRITORIOS INDÍGENAS.

® *Jorge Vélez García*

¿HACIA UN ESTADO SOCIAL?

® *Luis Javier Moreno Ortiz*

Primera edición: julio de 2007

Primera reimpresión: septiembre de 2008

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin
previa autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda

www.usergioarboleda.edu.co

Carrera 15 No. 74-40

Teléfonos: 3 25 75 00 ext. 2131 - 3 22 05 38 - 3 21 72 40.

Fax: 3 17 75 29.

Bogotá D.C.

Corrección de estilo: Rodrigo Naranjo.

Diseño Carátula y Diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez.

Bogotá, D.C.

ISSN: 1909-3977

Cuatro características corresponden al juez:
Escuchar cortésmente, responder
sabiamente, ponderar prudentemente y
decidir imparcialmente.
Sócrates

TERRITORIOS INDÍGENAS

Jorge Vélez García
Decano Escuela de Derecho

SUMARIO: § 1. *La demanda.* § 2. *Consideraciones relevantes.* § 3. *Conclusiones.*

Honorable
Corte Constitucional
M. P. Dr. Clara Inés Vargas Hernández
E. S. D.

Ref.: Respuesta al oficio No. 701 del 22 de mayo de 2007. Expediente D-6812: ley 715 de 2001, artículo 83, incisos 2 y 3.

Estimada Magistrada Ponente:

En acatamiento de lo dispuesto por esa H. Corporación en providencia del diez de los corrientes, por medio de la cual se le pide concepto a la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, conforme a lo establecido por el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, hallándose dentro del término señalado, el suscrito Decano procede a emitir opinión en el asunto de la referencia en los siguientes términos:

§ 1. LA DEMANDA.

1. Las normas demandadas. El actor enfilea su ataque contra los incisos 2 y 3 del artículo 82 de la ley 715 de 2001, en los cuales se establecen reglas para la distribución y administración de los recursos de transferencias, destinados a los resguardos indígenas. En el primero

de los incisos demandados, se regula lo que corresponde cuando el resguardo no sea entidad territorial, en el segundo de ellos, se dispone lo que ocurre cuando sí lo es.

2. *El problema planteado.* La argumentación de la demanda se centra en este problema: ¿Cuándo son los resguardos indígenas entidades territoriales?

3. *El argumento de la demanda.* Se argumenta que bajo la Constitución de 1991 se reconocieron las "aspiraciones legítimas de los pueblos indígenas a asumir el control de su destino". Este argumento se ilustra en una síntesis histórica de diversos proyectos presentados en la asamblea constituyente; se funda en los artículos 1, 286, 287, 329, 330 y 56 transitorio de la Carta; y se proyecta con sendas citas jurisprudenciales de las sentencias T-254 de 1994 y T-634 de 1999.

4. *El alcance de la demanda.* Se pretende evitar que los municipios manejen los recursos destinados a los resguardos indígenas, asegurar "el establecimiento de la condición futura de que se erijan las Entidades Territoriales Indígenas", y la incompetencia del Congreso para regular la materia mediante leyes ordinarias en razón de la inexistencia de la correspondiente ley orgánica y de la existencia de las facultades transitorias señaladas en el artículo 56 transitorio de la Carta.

§ 2. Consideraciones relevantes.

5. *Análisis normativo.* De las normas citadas como vulneradas puede sacarse en claro: que Colombia es una República Unitaria cuyas entidades territoriales gozan de autonomía administrativa; que los territorios indígenas son entidades territoriales, como lo son los departamentos, los municipios y los distritos; que dichas entidades tienen derecho a gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar recursos y establecer tributos, y participar de las rentas nacionales; que las entidades territoriales se conformarán según lo que disponga la ley orgánica de ordenamiento territorial; que los territorios indígenas serán "gobernados" por consejos, cuyas funciones están debidamente detalladas en la propia Carta, pudiendo ser ampliadas por la ley; y, que hasta que se expida la citada ley orgánica, el Gobierno podrá dictar "las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales". Este sucinto análisis

normativo permite afirmar que los territorios indígenas sí son entidades territoriales y que, en tanto tales, gozan de una serie de derechos, entre los cuales se encuentra el manejo autónomo de sus recursos, entre ellos los que les correspondan por regalías. Empero, no es tan claro lo relativo a los siguientes asuntos: i. Si los resguardos indígenas y los territorios indígenas son lo mismo; ii. Cuándo -y cómo- los resguardos indígenas se conforman como entidades territoriales; y iii. De quién es la competencia para conformar entidades territoriales y cómo debe ejercerla.

6. Análisis jurisprudencial. En este asunto es relevante considerar la jurisprudencia existente sobre la norma acusada, la jurisprudencia citada por el actor y, de ser el caso, otros referentes jurisprudenciales adecuados.

La ley 715 de 2001 ha sido una de las más apetezadas dianas para las acciones de inconstitucionalidad, pues sobre su contenido existen a la fecha no menos de treinta y cuatro sentencias, a saber: C-615, C-617, C-618, C-737, C-791, C-793, C-810, C-832, C-871, C-915, C-918, C-974, C-1028 y C-1073 de 2002; C-005, C-097, C-103, C-313, C-331, C-566 y C-627 de 2003; C-040, C-105, C-508, C-568 y C-723 de 2004; C-423, C-709, C-784 y C-983 de 2005; C-125, C-368, C-369 y C-553 de 2006. En ninguna de estas decisiones la Corte se pronuncia sobre el problema planteado en este caso, por lo que, al menos *prima facie*, no existe cosa juzgada constitucional sobre este asunto.

Además de las dos sentencias de tutela señaladas en la demanda: T-254 de 1994 y T-634 de 1999, se estudiará lo dicho en las sentencias C-127 de 2000, T-342 de 1994 y C-064 de 1998.

La sentencia T-254 de 1994 precisa jurídicamente las nociones de los cabildos indígenas y de las comunidades indígenas, entendiendo los primeros como "entidades públicas especiales" y las segundas como "verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran". En esa misma sentencia se considera el tema de la autonomía de las comunidades indígenas dentro de los parámetros de la Constitución y de la ley, especialmente si se trata de derechos fundamentales –como el reconocido en esta providencia, o de normas legales imperativas o de orden público.

La sentencia T-342 de 1994 pone de presente la protección constitucional que tiene la diversidad étnica y cultural de los pueblos aborígenes.

La sentencia C-064 de 1998, que versa sobre la protección del medio ambiente con ocasión de la publicidad exterior, afirmó que esta competencia le corresponde "*prima facie* al poder central", mientras que a las entidades territoriales les correspondería una competencia residual en la materia.

La sentencia T-634 de 1999, quizá la más importante para este caso, hace la crucial distinción entre resguardos indígenas y territorios indígenas. La Corte puntualiza que las comunidades indígenas gozan de autonomía y de la protección de su diversidad étnica y cultural. Esta autonomía es sumamente peculiar, pues involucra elementos administrativos, presupuestales, financieros, políticos y jurisdiccionales dentro de sus territorios. El interesante y prolijo discurso de la Corte sobre la historia de los resguardos, concluye, para el punto que aquí interesa, afirmando:

Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga "derechos" es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura. En consecuencia, los resguardos son algo más que simple "tierra" y algo menos que "Territorio indígena"; es decir, que no son términos iguales en la conceptualización constitucional, aunque, en una ley de ordenamiento territorial, geográficamente podrían coincidir. Pero, actualmente, todavía no se puede decir que un resguardo es una Entidad Territorial.

Y más adelante, para despejar toda duda, precisa:

Que ese ámbito territorial incluye los resguardos indígenas, se colige del artículo 357 C.P. que expresamente dice que "la ley determinará los resguardos indígenas que serían considerados como municipios" para efectos de la participación en el situado fiscal. Claro que la sentencia C-151/95, al declarar constitucional el artículo 25 de la Ley 60 de 1993, dijo que "*La ley no identificó Municipios con resguardos indígenas.*" Lo cual indica una vez más que el calificativo más apropiado es "ámbito territorial". Y, por consiguiente ese ámbito territorial debe ser apreciado para efectos de la protección a los indígenas.

La sentencia C-127 de 2000, relativa a los beneficiarios de las regalías provenientes de los recursos naturales no renovables y de su manejo, tema más sensible e importante que el que ahora se discute, la

Corte sostuvo que el legislador podía dar tratamiento diferente a las diversas entidades territoriales, puesto que:

En ese orden de ideas, el legislador habilitado constitucionalmente para ello (artículo 360), bien puede establecer a título de compensación, como lo hace el inciso primero del párrafo del artículo 26 de la ley 141 de 1994, que los recursos provenientes del impuesto de transporte de crudo o gas por los oleoductos o gasoductos, sea cedido a las entidades territoriales, y determinar en el inciso segundo del párrafo acusado, que los beneficiarios del recaudo serán los municipios no productores por cuyas jurisdicciones atraviesen los oleoductos o gasoductos.

Ello, a juicio de la Corte, no resulta violatorio de la Constitución, por cuanto el legislador está habilitado por el ordenamiento superior para definir qué entidad territorial es la beneficiaria de las regalías, compensaciones, y de los derechos sobre los recursos naturales no renovables, así como para determinar las condiciones para la explotación de dichos recursos. Sobre el particular, la Corporación en la sentencia C-036 de 1996, señaló: *"(...) **el legislador gozaba de facultades para estipular que los recursos provenientes del impuesto fueran distribuidos entre los municipios no productores de gas y petróleo** cuando hubieren sido afectados por el transporte de recursos materia de explotación a lo largo de oleoductos y gasoductos existentes en el territorio nacional"* (negrillas y subrayas fuera de texto).

4.2. No existe el presunto trato discriminatorio a que se refiere el demandante en la norma acusada, entre los municipios no productores y los territorios indígenas y los distritos, ya que el legislador en desarrollo de los expresos y precisos mandatos constitucionales, sólo consideró justificado y apropiado reconocer en cabeza de los primeros la compensación consistente en la cesión del impuesto de transporte, lo cual no significa que los territorios indígenas y los distritos, al tenor del artículo 361 de la Carta Política, no puedan ser beneficiarios de los ingresos provenientes de las regalías que distribuya el Fondo Nacional de Regalías.

Para la Corte, resulta incuestionable que la Constitución no consagra como uno de sus postulados, la absoluta igualdad entre las entidades territoriales; (Departamentos, municipios, distritos y territorios indígenas - artículo 286 C.P -.); aunque si bien es cierto, todas en los términos del artículo 287 de la Constitución, gozan en principio de los mismos derechos, como gobernarse por autoridades propias y participar en las rentas nacionales; sin embargo, algunas de ellas tienen ciertas prerrogativas

especiales que no se reconocen a otras, como ocurre con las regalías y las compensaciones, respecto de las cuales el artículo 360 de la Carta Política las proclama expresamente en favor de los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables. Así lo pensó la Corte en la sentencia C-036 de 1996, al resolver el cargo que por presunta violación al principio de igualdad, se formuló contra la expresión "entre los municipios no productores", por excluir de la distribución del recaudo del tributo de transporte de gas y crudo a otras entidades territoriales:

*"Para el caso de los municipios, la consideración acerca de si resulta constitucionalmente viable introducir distinciones entre ellos sólo podría tener asidero en la medida en que el trato diferente injustificado repercutiera en discriminaciones entre los habitantes de una y otra célula municipal en aspectos básicos como su supervivencia, su dignidad o el ejercicio de sus derechos fundamentales. **La Constitución Política no consagra como uno de sus postulados la plena igualdad entre los municipios**, pues si bien su estructura fundamental, las principales competencias de sus autoridades, la autonomía y los derechos que les reconoce en cuanto entidades territoriales responden en términos generales a las mismas reglas, expresamente se autoriza al legislador para establecer categorías de municipios, lo que debe surgir de la verificación sobre aspectos tales como la población, los recursos fiscales, la importancia económica y la situación geográfica, de lo cual pueden resultar disposiciones legales divergentes, según las categorías que se consagren.*

(...)

Y, en lo concerniente a la igualdad, aparte de que no puede establecerse de una manera general entre instituciones sino entre personas naturales, no resulta afectada, aun entre municipios, toda vez que existen fundadas razones para favorecer a las entidades municipales no productoras de gas y petróleo" (negritas y subrayas fuera de texto).

En ese orden de ideas, no puede efectuarse un juicio de igualdad, como lo pretende el demandante, por cuanto no existe un parámetro que permita hacer una comparación entre los municipios no productores a quienes se les cede el impuesto de transporte, y los otros entes territoriales, como los territorios indígenas, a quienes la Constitución ni la ley reconocen dicho beneficio.

§ 3. Conclusiones.

7. La naturaleza del resguardo indígena. A la luz de los análisis normativo y jurisprudencial emprendidos, aparece con claridad que los resguardos indígenas no son entidades territoriales.

En primer lugar, la Constitución, al referirse a las entidades territoriales, menciona los departamentos, los municipios, los distritos y los territorios indígenas. Estos últimos, que son los relevantes para el caso, sólo pueden ser creados, valga decir: conformados, según lo que disponga la ley orgánica de ordenamiento territorial, la cual hasta hoy no ha sido dictada. La competencia establecida por el artículo 56 transitorio de la Carta, no incluye la capacidad de crear o conformar territorios indígenas, sino que se limita a autorizar la expedición de normas fiscales y de las demás relativas al funcionamiento de dichos territorios. Así, pues, al no existir la mencionada ley orgánica, como es apenas obvio, no existe ningún territorio indígena y, por tanto, cualquier regulación sobre su funcionamiento, que es la sujeta materia de la competencia asignada en el artículo transitorio, sólo podría tener eventualmente efectos en el futuro, ya que se trata, hasta el momento de un enunciado meramente hipotético. Esto mismo puede decirse, por iguales razones del mandato consignado en el inciso 3 del artículo demandado.

En segundo lugar, la jurisprudencia ha reconocido reiteradamente, como se ha visto, la diversidad étnica y cultural de los indígenas, junto con la necesidad de respetar la autonomía de dichas comunidades. Empero, en el punto crucial para este caso, la jurisprudencia sostiene que los resguardos indígenas no son entidades territoriales. Así, pues, no parece existir argumento alguno que impida sostener que es constitucional la norma que establece que sea una entidad territorial, en este caso el municipio, quien asuma la responsabilidad de manejar, en una cuenta separada, los recursos de las transferencias nacionales, pues no habría manera de afirmar que algo que no es una entidad territorial pueda asumir dicha responsabilidad. En cuanto a la autonomía y a la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, la norma demandada las preserva adecuadamente al someter su manejo y su ejecución a un contrato celebrado entre la entidad territorial responsable y las autoridades del resguardo.

En tercer lugar, el planteamiento que la demanda hace de la incompetencia del Congreso para regular la materia, en razón de vulnerar alguna de las restricciones que se derivan de lo dicho sobre la ley orgánica

de ordenamiento territorial y del artículo constitucional transitorio, carece de fundamento cuando se tiene claridad de que los resguardos indígenas no son entidades territoriales, como sí lo son los territorios indígenas. Tanto la ley orgánica como el artículo constitucional transitorio se refieren a territorios indígenas, y no a otra cuestión. Por ello, el asunto de la incompetencia solamente incidiría en cuanto al inciso 3 del artículo acusado, que es en este momento una regulación meramente hipotética, sin ninguna posibilidad de aplicación práctica. Sin embargo, podría estimarse que lo dicho en este numeral por la ley es algo "relativo al funcionamiento de los territorios indígenas" y, por tanto, constituye un acto ejercido sin tener competencia para ello. También podría oponerse que lo regulado en la norma no es algo peculiar de los territorios indígenas, sino algo propio del régimen de las transferencias, de cara a las entidades territoriales. Con todo, no parece ser inconstitucional el vincular las transferencias a las entidades territoriales, y el prever la posibilidad de hacerlo directamente con los territorios indígenas, cuando ellos existan.

¿HACIA UN ESTADO SOCIAL?

Luis Javier Moreno Ortiz

SUMARIO: § 1. Una nueva visión de la justicia. § 2. Teoría del incumplimiento. § 3. El mercado: entre los negocios y la justicia. § 4. Fundamentación de la necesidad del control judicial de la economía. § 5. El ensueño constitucional. § 6. La justicia en medio del terror. § 7. Desciframiento de la justicia constitucional. § 8. El destino de la tutela. § 9. La precariedad del Estado.

§ 1. UNA NUEVA VISIÓN DE LA JUSTICIA.

El objeto de la justicia es la seguridad frente a los agravios, siendo el fundamento del gobierno civil.

Adam Smith

La aparición de la Constitución de 1991, propiciada por una abrupta coyuntura, ha generado múltiples y profundas reacciones dentro de la tradición jurídica colombiana. Quizá una de las principales haya sido la apropiación masiva de la Carta por diversos elementos sociales, que sin ser abogados, manifiestan un notable interés en su contenido y en su desarrollo. Esta tendencia colectiva ha situado en el centro de la actualidad nacional el discurso constitucional, desarrollado prolija y extensamente por ciudadanos, abogados, académicos y jueces, especialmente por la Corte Constitucional.

Temas como la dosis personal de estupefacientes, la eutanasia, o más recientemente la reelección presidencial y el aborto, alimentan los más variopintos coloquios en los hogares, en los cafés, en los periódicos, en las universidades y en la calle. Ante tal circunstancia, una obra que pretenda dar cuenta del sistema judicial, de los derechos subjetivos y de la democracia¹, como la que se reseña, es un referente obligado dentro

del presente proceso dialéctico, pues a más de esbozar el estado de la cuestión, presenta una copiosa e interesante serie de reflexiones y propuestas en torno a sus deficiencias y a cuál debería ser el camino a seguir para rectificar su trayectoria.

La tarea emprendida, para poder satisfacer la amplitud de miras del objetivo previsto, vincula la dimensión teórica, manejada a partir de múltiples recursos filosóficos, económicos, sociológicos y jurídicos, con un trabajo empírico de investigación de nuestra realidad y de sus peculiares características². El resultado de esta empresa del espíritu es una "visión de la justicia basada en un enfoque constructivista con orientación política de corte social"³. Dicha visión, pese a su proximidad con el institucionalismo social, y a sus desarrollos en el Estado benefactor o en el Estado desarrollista, tiene unos perfiles característicos singulares y distintos, que corresponden a un Estado social⁴.

El estado social propuesto por los autores se puede comprender a partir de cinco hipótesis fundamentales, a saber:

1. El desarrollo no puede entenderse sólo en términos de crecimiento económico, ni resulta exclusivamente de la liberación de las fuerzas del mercado. Si bien la promoción del crecimiento es un objetivo básico, la justicia distributiva lo es también, sobre todo en un país con los problemas de inequidad que tiene Colombia.
2. La limitada inclusión social por medio del mercado se debe complementar con una fuerte inclusión por medio de la participación democrática y la defensa de los derechos.
3. Una de las razones del fracaso de las reformas judiciales en América Latina es el hecho de que parten de una visión meramente instrumentalista del Estado y del Derecho. Mientras las reformas no superen esta visión gerencial de la justicia y no adopten una perspectiva amplia que incluya aspectos sociales como la demanda de justicia y el contexto político, están destinadas al fracaso.
4. La búsqueda de una mayor eficacia de la justicia penal no puede ser un fin aislado e independiente del propósito constitucional de mejorar la efectiva protección de los derechos fundamentales.
5. El balance entre la protección judicial eficaz de los derechos, por un lado, y la limitación del poder de los jueces, por el otro, requiere una teoría del Derecho y de la interpretación judicial que defienda la autonomía de los jueces, y a la vez promueva la

adopción de criterios de decisión transparentes y razonables, fundados firmemente en la argumentación jurídica. Tanto las teorías conservadoras que reducen el Derecho a la Economía, como las teorías críticas radicales que reducen el Derecho al poder, debilitan la función de la justicia dentro de un Estado social de derecho y la protección eficaz de los derechos fundamentales (p. 27 a 29).

La teoría del Estado social, así planteada, en tanto correlato de la visión inspiradora de toda la obra, aparece como una propuesta viable para superar la conflictiva encrucijada por la que atraviesa actualmente tanto el Derecho, especialmente en materia constitucional, como la sociedad en la que este opera o rige.

§ 2. TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO.

*Hoy no recuerdo lo que ayer pasó,
en la madrugada olvido lo de la tarde anterior,
en los días blancos extravió el fuego
y en las noches ya no evoco los días.*

Alexandr Blok

Desde los ya lejanos años de la Colonia, en la América Meridional ha existido un tradicional e insuperable distanciamiento entre el Derecho y la realidad.

La lejana Castilla, laboriosa, dedicada, ilustrada e ilustre, no cejaba en su empeño de expedir buenas leyes para las Indias. Sin embargo, sus intenciones, muchas veces bonfísimas y avanzadas para la época, pero a oscuras de la realidad circunstancial del lugar, no bastaron. La importación jurídica de la madre patria, discernida monopólicamente dentro del imperio, chocaba con la singular realidad de los nuevos reinos, para los cuales no era adecuada, como tampoco lo era, si llegó a existir incipientemente, la legislación nativa, pues la nueva y mestiza realidad no correspondía ni a la una ni a la otra.

Ante la evidencia del desfase, en un primer momento los conquistadores, y más tarde los cabildos -esos magníficos centros del gobierno colonial-, se encontraban en una difícil sinsalida, pues de una parte habían jurado fidelidad al rey, y por tanto obediencia a sus mandatos, y de otra no podían ir en contra de la realidad. Ante el imperativo del deber y el imperativo de la realidad, las autoridades indianas optaron por una ingeniosa alternativa: "se obedece pero no se cumple".

Una parte significativa del gobierno en la América Española, especialmente en cuanto atañe al buen gobierno, estuvo signada por esa especial manera de obedecer la ley pero no cumplirla: se proveía lo que correspondiese conforme a las circunstancias locales, y se forjó de esta manera una tradición propia, ricamente dispuesta en los espléndidos libros capitulares de nuestros cabildos.

Este feliz intento de aproximarnos a nuestro entorno será vencido por la tradición de importar leyes sin considerar nuestras circunstancias, lo que lejos de cambiar en la República, se profundizará, casi hasta la abyección. Los renegados de su tradición hispánica, bien fácilmente se abandonan a la tradición francesa (no es sino recordar la estirpe napoleónica de nuestros códigos), y a la tradición anglosajona⁵.

La necia costumbre de ignorar la realidad propia, para acoger con albricias instituciones nacidas en otras realidades, genera en la América Española una firme desconfianza en la Ley y en el Derecho, y una subsiguiente justificación del incumplimiento de lo establecido por una y por otro⁶. Cuando las reglas son para incumplirlas, de lo que suelen dar ejemplo en primerísimo término las propias autoridades⁷, el cumplir la ley es algo que está mal visto, es una especie de torpeza, de falta de seso⁸.

Si a nuestro inveterado incumplimiento de la ley, causado por la recurrente importación y creación de leyes irreales, se suma la cada vez más frecuente inflación legislativa, pues las leyes se hacen cada vez más en serie y menos en serio, claramente se aprecia que la tradición de incumplir la ley, premisa esencial de los avispados, tiende a fortalecerse y consolidarse.

La escisión entre Derecho y realidad parece ser mucho más aguda en cuanto se trata de asuntos de relevancia económica, respecto de los cuales existen importantes posiciones teóricas. Las normas, especialmente las Constituciones, parecen ser una nueva especie del género de la literatura fantástica. Es tanto lo que se dice, y tan poco lo que se piensa y repara antes de decirlo, que la palabra generalmente acaba siendo vana. No es casual que en la segunda mitad del siglo XX haya surgido la escuela del análisis económico del Derecho, que propende por eliminar del Derecho la fantasía, para convertirlo en algo viable, posible y real.

El análisis económico del Derecho tiende a privilegiar la perspectiva económica sobre la jurídica. En una economía de mercado, éste aparece, en el papel del Derecho, y especialmente de la justicia,

como meta de optimización⁹, que genere un entorno cierto, predecible y seguro¹⁰, especialmente en lo que atañe a los costos de transacción, elemento que se considera vital para la eficiencia del mercado, el crecimiento de la economía y, de contera, la inclusión social¹¹.

Si bien el Derecho tiene importantes implicaciones económicas, que no pueden ser pasadas por alto o, lo que es más grave, ignoradas de plano por los juristas, no se limita a ser un instrumento económico. Las decisiones judiciales tienen, fundamentalmente, una dimensión normativa¹², corresponden a un deber ser. A la disciplina jurídica corresponde la muy compleja misión de hacer efectivo lo dispuesto por las normas, dentro de las posibilidades de la realidad. Por supuesto que no se trata de extender patente de corso a la fantasía normativa, pero tampoco de mutilar el deber ser, sólo por resultar costoso para el mercado.

En la búsqueda de ese complejo equilibrio, que en el fondo involucra la seguridad y la justicia, requerido por la disciplina jurídica, el autor opta por una postura socialdemócrata, que propende por la "igualdad social", y justifica un modelo de control judicial de la economía, como el que ha ejercido la Corte Constitucional¹³.

El problema planteado por la teoría del incumplimiento, prolijamente ilustrado en los anales de la historia de nuestra tradición jurídica, no puede asumirse íntegramente sin considerar las motivaciones que hacen cumplir a las personas. En este punto, el autor establece tres clases de motivos o razones, a saber: (1) *cumplimiento coercitivo*: ubicándose en el escenario del cálculo racional de John Stuart Mill y en el del imperativo hipotético kantiano, las personas cumplen las normas para evitarse consecuencias perjudiciales (como las sanciones), o para conseguir distinciones, premios o recompensas provechosas, o en otras palabras: porque es un buen negocio; (2) *cumplimiento normativo*: pasando a un plano deontológico, superior al de los negocios, y ciertamente próximo al imperativo categórico kantiano, hay personas que cumplen las normas por respeto a las normas mismas, sin tener interés alguno en ser premiadas o no ser castigadas; y (3) *cumplimiento ideológico*: saliendo de lo meramente normativo, e ingresando en el campo de lo ético y de lo político, en su sentido original, algunas personas cumplen solamente las normas que consideran buenas, y se abstienen de cumplir las demás¹⁴.

En la práctica difícilmente una persona obra siempre conforme a una misma clase de motivos y razones, pues el cumplimiento puede variar según sean las circunstancias. Además, en no pocos casos esa misma

persona tiende a involucrar diversas clases de motivos y razones para cumplir o para incumplir las normas. La complejidad del cumplimiento de las normas por una persona se magnifica cuando se considera el asunto en una colectividad de personas, pues en tal caso todos los motivos y razones señalados y todas las muchas posibilidades de combinación, tienen relevancia. De ahí que el autor sostenga la hipótesis de que:

el comportamiento frente a las normas, en particular frente a las normas jurídicas, está determinado por una percepción doble en la que intervienen, por una parte, el cálculo racional y estratégico de los costos y beneficios que trae consigo el cumplimiento, es decir, una evaluación de las consecuencias perjudiciales del incumplimiento; por otra, una apreciación del valor de la norma en términos de legitimidad e importancia, que por lo general remite a una visión general de las instituciones, de los gobernantes y del derecho, no sólo en términos de legitimidad, sino también de eficacia. (p. 97).

§ 3. EL MERCADO: ENTRE LOS NEGOCIOS Y LA JUSTICIA.

El tiempo es oro, porque los florines se multiplican por el simple transcurso de las horas, y hay que medirlo seriamente, y los relojes mecánicos sobre los campanarios sustituyen a los bellos ciclos de la vida y de la muerte.

Ernesto Sábato

El mercado, esa institución fundamental de la humanidad, alabada por muchos, satanizada por otros tantos, y gozada y padecida por todos, es un elemento crucial, así sea como referente, para el Estado social.

Las alabanzas del mercado se centran en su eficiencia. Se argumenta que solamente por medio del mercado, afincado claro está en la propiedad privada y en la seguridad de los negocios (lo que los estudiosos de la economía denominan costos de transacción), es posible, ejerciendo la libertad, realizar el proyecto vital que cada uno tiene. El Estado debe ser neutral ante el mercado, su papel debe limitarse al de ser su atento guardián, evitando cualquier interferencia ajena al principio de la autonomía de la voluntad, que afecte su funcionamiento armónico¹⁵.

De otra parte, los detractores del mercado se centran en su ineficiencia, pues no puede proporcionar a todas las personas aquello que necesitan. Se argumenta que las deficiencias del mercado deben

ser rectificadas por el Estado, interfiriendo, mediante su intervención, la fijación de límites y la creación de regulaciones y exclusiones, la propiedad privada, el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad y la libertad individual.

Si bien el mercado no es *per se* eficiente, no hay garantía de que la intervención del Estado, que ha llegado al extremo de pretender anularlo y reemplazarlo por un régimen planificado, pueda hacerlo eficiente. En muchos casos más bien parece lo contrario: el Estado interviene en el mercado para deteriorarlo. La discusión, que tradicionalmente se ha centrado en si el mercado debe funcionar sin interferencia, o si, por el contrario, debe ser organizado e interferido por el Estado, parecería ser inadecuada, pues es posible que en ambos casos el resultado sea el mismo: un mercado ineficiente. Además, suele pasarse por alto en este tema el análisis espacio-temporal, pues poco se atienden las diferencias circunstanciales de cada lugar, ni sus matices temporales, pues se pretende formular recetas genéricas sin fecha de vencimiento.

El mercado, como toda institución, no es bueno ni malo en sí mismo; todo depende de la medida en que resulte adecuado a las circunstancias reales de la sociedad en la cual funciona. Si bien la intervención del Estado puede conducir, por la vía del asistencialismo, a un desbordamiento del gasto público, con sus consiguientes efectos en déficit fiscal y en inflación (que obstaculizan el crecimiento), como lo apunta con razón el neoliberalismo¹⁶, no siempre puede considerarse que esa intervención es inadecuada, pues ello depende de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que ocurre. El simple matiz de que la intervención se hiciera por un tiempo breve, mientras se conjura la crisis que la justifica, como ocurriría con un estado de excepción, no implicaría la existencia de un obstáculo estructural al crecimiento. Aunque, claro, otro es el escenario cuando, como es nuestra costumbre, todo lo que es temporal está destinado a convertirse en permanente.

El problema de la eficiencia del mercado depende de las posibilidades ciertas de acceder a él. No es posible sostener que un mercado es eficiente cuando la oferta y la demanda tienen equilibrio, pero no todas las personas tienen acceso al mismo. Un mercado excluyente, así esté equilibrado, no es eficiente¹⁷. Lo importante en el mercado es que todas las personas puedan acceder a él, no quién organice o establezca la oferta o la demanda. Como dicen pragmáticamente los chinos, no importa el color del gato siempre y cuando cace ratones.

Centrado el análisis de la eficiencia del mercado a partir del acceso al mismo, que debe ser el punto de partida y el fundamento de toda propuesta de reforma, los autores proponen una visión denominada *institucionalismo social*¹⁸, más amplia e incluyente que la conocida de constitucionalismo social¹⁹, que en el caso particular del sistema judicial permita

construir un sistema judicial que ayude a implantar un Estado social de derecho eficiente, transparente y equitativo.

(...) Es cierto que las políticas benefactoras pueden generar dificultades fiscales, que en ocasiones son inequitativas y producen intervenciones burocráticas alienantes y poco transparentes y que erosionan el dinamismo de las sociedades democráticas. Pero incluso tomando en serio las críticas contra el Estado benefactor, no hay razón para abandonar los ideales de justicia del Estado social de derecho.

(...) Esta diferenciación es crucial. En últimas, el reto del institucionalismo social es construir un Estado social de derecho postbenefactor, esto es, una forma de organización institucional capaz de realizar los ideales de justicia social, aprendiendo de las lecciones de las limitaciones del Estado benefactor. (p. 141).

§ 4. FUNDAMENTACIÓN

DE LA NECESIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ECONOMÍA.

Porque al permanecer continuamente enfrascados día y noche en sus códigos, terminaban por perder el sentido exacto de las relaciones humanas, y ese era el sentido que les hacía falta en los casos a que nos estamos refiriendo.

Franz Kafka

El análisis económico del Derecho ha puesto de presente la necesidad ineludible de considerar las implicaciones económicas de las decisiones jurídicas. La ignorancia, a veces supina, de la economía, de la que algunos abogados suelen alardear, conduce a una retórica vacía, a un discurso jurídico vano, a unos derechos en el papel. Empero, al tratarse de dos disciplinas tan interrelacionadas en la convivencia social, además de un análisis económico del Derecho, podría proponerse un análisis jurídico de la economía, para considerar las implicaciones jurídicas de las decisiones económicas, especialmente de cara a la constitución²⁰.

Esta visión integral del asunto, planteada por el autor, y compartida por quien esto escribe, es el marco adecuado para aventurarse en el estudio de la posibilidad y justificación de un control judicial de la economía. En caso de existir la posibilidad y estar debidamente justificada, puede pasar a estudiarse las herramientas disponibles y la manera de ejercer ese control y a valorar dicho ejercicio²¹.

Desmitificada la hipótesis de que el mercado es *per se* eficiente, y fundamentada la necesidad de la intervención del Estado, dentro del contexto del Estado social, en términos de justicia, lo que se vislumbra como punto de llegada del discurso es un mercado justo, a partir de su eficiente regulación jurídica por parte del Estado.

Lo primero que suele cuestionarse a esta aspiración, es si acaso ella es posible. Parecería que la eficiencia y la justicia no son compatibles tratándose del mercado, pues se sostiene que las decisiones judiciales, que propenden por la justicia, acaban interfiriendo inadecuadamente el mercado, haciéndolo más ineficiente y, paradójicamente, más injusto. Este argumento se refuerza señalando que los jueces ignoran, sea por no disponer de toda la información relevante, sea por no dominar la técnica, sea por su falta de idoneidad en asuntos económicos, o sea por su incapacidad para comprender el fenómeno que pretenden decidir, las complejas circunstancias y variables en juego²².

El conflicto que parece plantearse entre eficiencia y justicia, que es el soporte argumentativo, no resulta del todo claro desde la perspectiva del análisis jurídico de la economía, pues, de seguirlo hasta el extremo, se llega a conclusiones inaceptables. Si la eficiencia y la justicia son incompatibles, se sigue que la eficiencia es compatible con la injusticia y que la justicia es compatible con la ineficiencia. En el primer caso: un mercado eficiente a partir de la injusticia, implica un problema fundamental de cara a lo que se ha dicho del mercado, pues la injusticia convertiría el mercado en una institución excluyente, por impedir el acceso de todas las personas a él. Esto imposibilitaría su ciclo eficiente, pues no emplearía todos los recursos disponibles, sino que se limitaría a emplear unos y a marginar a otros. En el segundo caso: con un mercado justo pero ineficiente, se llega a la misma conclusión, pues la ineficiencia generaría exclusión real que, pese a la justicia nominal, redundaría en un estado de cosas injusto. Así, pues, parecería que la única posibilidad aceptable para la economía y para el Derecho es un mercado eficiente y justo, medido en términos de las posibilidades reales de acceder a él.

Ningún hombre puede saberlo todo de todas las cosas. Todas las personas, incluso los jueces, somos ignorantes. Sin embargo, la condición innegable de la ignorancia no es inexorable. La ignorancia puede ser remediada directamente por medio del estudio juicioso del asunto o, indirectamente, por medio de la adecuada asistencia y asesoría de personas conocedoras del tema²³. Aunque, tanto para doctos como para ignorantes, siempre subsiste el riesgo del error, de ese compañero fiel del hombre que, como su sombra, lo sigue a todas partes.

La crítica de la intervención judicial, basada en la ignorancia, de tan precaria firmeza, como se ha visto, suele ser reforzada por un fundamento democrático, que apunta a que muchas decisiones económicas deben ser tomadas por los congresos y los gobiernos, pues quienes conforman esas instituciones han sido elegidos directamente por el pueblo y lo representan²⁴. Se suele agregar que la razón de su elección, valga decir, el objeto de su mandato, es, precisamente, su propuesta económica²⁵.

Esta crítica merece una reflexión especial, no tanto por generar unas expectativas exageradas o desmotivar la movilización ciudadana²⁶, como lo señala el autor, sino por llamar la atención en la imperiosa necesidad de señalar un ámbito de acción para el control judicial de la economía. En un estado de derecho ninguna autoridad puede hacer lo que a bien tenga, o lo que le parezca, o lo que estime conveniente o provechoso, si no funda su acción en una competencia. Quizá el control judicial de la economía es un asunto problemático, porque no está clara cuál es la competencia de los jueces al momento de ejercer dicho control. Al menos en el tema de los derechos subjetivos, el papel del juez como garante de los mismos, lo hace competente para actuar, llegando incluso a ejercer un control judicial de la economía, pero no lo autoriza a decidir respecto de aspiraciones, reclamos o intereses sociales, con incidencia económica, que no tengan la condición de derechos. La definición de tales asuntos corresponde a instancias políticas, no judiciales, que en una democracia suelen ser ejercidas por el congreso y por el gobierno. En el plano de los derechos la definición debe ser jurídica, en el de los hechos, política, pero en ningún caso la alternativa puede ser la vía de hecho, ya sea por la vulneración plena de una competencia, que no se tiene pero se ejerce, ya por la protesta desmedida, violenta y bárbara.

El control judicial de la economía, siempre que se haga dentro del marco de la competencia del juez, beneficia al mercado, pues lo hace

más transparente²⁷, merced a la necesaria argumentación pública que suscita, y lo legitima justificando su funcionamiento en términos de eficiencia y de justicia.

Si bien los jueces no pueden decidir desdeñando los efectos de sus decisiones, tampoco pueden abstenerse de hacerlo escudados en la impopularidad o el costo de lo que deciden, pues están comprometidos con dos objetivos insoslayables: la eficiencia y la justicia. En el caso del control constitucional, suficientemente legitimado en la teoría jurídica contemporánea y, a la sazón fundamentado por el autor a partir de la importancia, perdónese el pleonasma, de los derechos fundamentales frente al principio de la mayoría²⁸, de la necesidad de sustraer de la pendular oscilación democrática, los aspectos fundamentales de la democracia²⁹, y del riesgo de un gobierno de las mayorías en beneficio exclusivo de sí mismas³⁰, se sostiene, siguiendo a Luigi Ferrajoli que:

(...) aunque los tribunales constitucionales carecen de legitimidad democrática formal, pues no tienen origen en la voluntad popular, lo cierto es que gozan de una legitimidad democrática sustancial, en la medida en que aseguran los derechos fundamentales y protegen la continuidad e imparcialidad del proceso democrático. (p. 179).

Explorada la posibilidad del control judicial de la economía y justificada la necesidad del control constitucional en los anteriores términos, es menester considerar una tercera crítica, que parece ser la objeción más recurrente en el discurso actual, recogida por el autor en los siguientes términos:

Por todo ello, concluirían los críticos, los tribunales constitucionales deben abstenerse de invocar el Estado social de derecho y los derechos sociales para intervenir en los procesos económicos, ya que es imposible satisfacerlos todos al tiempo. Las decisiones sobre asignación y distribución de los recursos económicos –por definición escasos– para la realización de esos derechos, debe entonces, según tales enfoques, dejarse a los órganos políticos, no sólo porque ellos tienen la responsabilidad de financiar esas políticas, sino además porque se adecua más a la filosofía democrática que las mayorías sociales decidan acerca del modelo de desarrollo y adopten las estrategias económicas para lograr la justicia social. Por lo anterior, muchos autores importantes, y algunos sistemas constitucionales, han negado una verdadera eficacia jurídica a los derechos sociales. (p. 182).

Frente a tal enunciado, el autor advierte, basado en estudios recientes³¹, que lo mismo que se dice de los derechos sociales y del estado de social de derecho, podría decirse de las libertades civiles y del estado de derecho. En ambos casos, la protección jurídica implica unos costos, que afectan el manejo de unos recursos escasos, sin embargo, pocas personas piensan que, en razón de sus costos, las libertades civiles no deberían ser protegidas.

El penumbroso panorama de la escasez, que da ese lúgubre tono a la economía, entra en tensión con el brillante panorama de los derechos, que reviste de esperanza al Derecho. Algunos, quizá más pesimistas, consideran que los derechos deben limitarse a las posibilidades económicas e irse desarrollando conforme al progreso de las mismas, y plantean que los derechos sociales son de contenido programático, que se cumplen en la medida de lo posible. Otros, tal vez más optimistas, piensan que los derechos siempre deben tomarse en serio, y que, por tanto, su cumplimiento debe estar garantizado por los jueces, cueste lo que cueste. El autor, conservando el tono razonable de su discurso, antes de matricularse con tirtios o troyanos, considera que:

(...) el juez constitucional no puede intervenir en este campo de la misma manera que como lo hace con los derechos civiles y políticos, al menos por dos razones, íntimamente relacionadas con el carácter esencialmente prestacional de los derechos sociales: (i) la progresividad del deber estatal de realizar esos derechos y (ii) la amplia libertad que tiene la ley para delimitar el contenido mismo de esos derechos y configurar los mecanismos para su satisfacción. (p. 186 y 187).

El complejo tema de los derechos sociales no puede considerarse como un asunto de todo o nada, pues ello no correspondería a una visión equilibrada de las cosas. Empero, tanto la visión de la progresividad de los derechos, próxima al análisis económico del Derecho, como la de la seriedad de los derechos, cercana al análisis jurídico de la economía, deben buscar un punto de encuentro. Quizá la consideración de los derechos a partir de su núcleo esencial, como lo ha hecho reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, apoyada en un entorno circunstancial concreto, que es la única base sólida para estudiar los derechos sociales, pueda ser una adecuada alternativa. Así, pues, se podría satisfacer la necesidad de tomar en serio los derechos, preservando y garantizando su núcleo esencial, pero también se satisfaría la necesidad de una progresividad en los mismos, condicionando el desarrollo de cada

derecho, más allá de su núcleo esencial, conforme a las circunstancias, en la medida de lo posible.

§ 5. EL ENSUEÑO CONSTITUCIONAL.

*No ser alguien, ser nada,
ir hacia el gentío, soñar, mirar,
con nadie compartir los sueños
y nada pretender.*
Fedor Sologub

En épocas de crisis, cuando se siente más próxima la desesperanza ante la penumbrosa realidad en que se vive, las personas suelen creer que ese estado de cosas corresponde a una imposición ajena a su voluntad, generalmente adjudicado a un vaporoso responsable, denominado, según la ocasión, oligarquía, élite, etcétera³². En tiempos en que la libertad se ve como una condena irremisible, como sentenció hace ya varios lustros Sartre, debe haber algún responsable del desastre. El hombre, que alguna vez se consideró el hacedor de su destino, se convierte en la víctima inocente de una confusa abstracción. En tales circunstancias la aspiración suprema es la del cambio, la de modificar las condiciones, sin saber muy bien cuál es el alcance y la viabilidad de dicho cambio, de tal suerte que se pasa de una oligarquía o élite a otra, generalmente peor, pero los males, como en el bolero, no tienen remedio.

La popular tendencia a encontrar responsables externos de las crisis, que suele ir acompañada de la propia consideración como víctima inocente de los acontecimientos, suele encauzarse con facilidad en la creencia de que cambiando las normas, especialmente la constitución, todo cambiará. No es sino ver el síndrome de *constitucionalitis*, manifiesto en las múltiples convocatorias a asambleas constituyentes ocurridas en nuestro vecindario próximo y, por qué no decirlo, en nuestro propio país, para comprender que la Constitución significa para muchos la principal, si no la única esperanza.

El creer que cambiando la Constitución todo cambiará, fenómeno que el autor califica como *constitucionalismo aspiracional*, es, como toda creencia, más emoción que razón, y genera una desmesurada valoración del poder de la Constitución y del Derecho, para cambiar la realidad³³. El ensueño constitucional consiste en creer que el ser, los

hechos, cambian cuando se modifica el deber ser, el Derecho, sin ningún esfuerzo, por obra y gracia del espíritu santo, en un acto milagroso. Lamentablemente se olvida que el deber ser, para poder ser, requiere una conducta, un hacer, sin el cual nada puede cambiar.

La evidencia palmaria del fracaso, el ver frustrada la esperanza, en lugar de servir como elemento de reflexión, conduce a acelerar la tendencia a cambiar, a cambiarlo todo, a cambiar a cada momento, a no dejar nada estable, a una situación de *reformatis* aguda, a una inflación normativa, a una diarrea jurídica. El resultado suele ser que a cada paso la frustración aumenta, y todo se hace inestable, gelatinoso, débil y precario³⁴.

Para aumentar el patetismo de la situación, al momento de introducir los cambios normativos, presas del deslumbramiento que producen los modelos extranjeros, nos precipitamos con frenesí a importarlos, sin conocerlos bien, sin comprenderlos y sin pensar si son adecuados a nuestras circunstancias³⁵. Nuestras "monumentales" normas, empezando por la muy elogiada, y no pocas veces desconocida e incomprendida, Constitución, con su generosa -algunos dirán disipadora, pero esa es otra cuestión- consagración de derechos y sus ambiciosos propósitos, contrasta con la precaria realidad en la que vivimos. Tenemos una extensísima y generosa Constitución, pero vivimos en un estado de cosas inconstitucional³⁶.

Mientras las "víctimas inocentes" sigan siendo espectadores de su destino, espectadores insatisfechos con el drama de la vida, de su propia vida, pero actuado por otros, y se dediquen a pedir, a cada instante, con razón o sin ella, cambios y más cambios, cifrando su esperanza en ellos, podemos decir, parafraseando a San Pablo, vana es nuestra fe. Si se quiere cambiar el destino, la vida, es preciso dejar el sillón de los espectadores y convertirse en actor, en protagonista del drama de la vida. La libertad no puede seguir siendo una condena, un peso, debe ser el principal instrumento de la acción, para poder comprometernos con el deber ser, y merced a nuestro propio esfuerzo realizar las conductas necesarias para que ese deber ser sea. La esperanza no se debe fijar en cambios redentores, sino en la humilde pero constante tarea de cada uno todos los días. Antes que esperararlo todo de los demás, o de las normas, debemos comenzar a esperar algo de nosotros, de nuestro propio esfuerzo. En lugar de víctimas menesterosas de las circunstancias, debemos ser hacedores de nuestro destino.

§ 6. LA JUSTICIA EN MEDIO DEL TERROR.

La violencia crea más problemas sociales que los que resuelve.
Martin Luther King

La violencia es el último recurso del incompetente.
Isaac Asimov

Son muchas las circunstancias que convergen para hacer de Colombia un Estado precario. Lo sorprendente de nuestro Estado no es que funcione mal, pues los hay mejores y peores, sino que, a pesar de las muy complejas circunstancias en las que se desenvuelve, funcione. Si construir un estado de derecho, presupuesto elemental de un estado social de derecho, es de suyo algo difícil, que suele tomarse tiempo, lo es mucho más si se tiene que hacer en medio de la guerra, de una guerra insensata y torpe, pero no por ello menos violenta, constante e inútil³⁷.

El camino recorrido por la civilización occidental, para arribar al estado social de derecho, es extenso y gradual. Como ocurrió en la construcción de las grandes catedrales europeas, el proceso se tomó varios siglos. Paso a paso se fueron asegurando los presupuestos mínimos, sobre los cuales se asentarían los nuevos desarrollos. Este complejo y lento proceso, es sintetizado por los autores, en los siguientes términos:

Los regímenes constitucionales desarrollados en Europa son una especie de edificio de varios pisos, que fue sucesivamente construido, en siglos distintos, por el absolutismo, que cimentó la paz; el liberalismo, que controló la arbitrariedad estatal; los movimientos a favor del sufragio universal, que extendieron la participación ciudadana y democrática, y las luchas contra la pobreza y la desigualdad económica, que impulsaron el Estado social. (p. 239).

La gran dificultad del caso colombiano para los autores, estriba en que "pareciera que debemos construir todo el edificio al tiempo", y tal vez por eso, tenemos pretensiones de un Estado social y, al mismo tiempo, experimentamos carencias de orden, seguridad, paz, etc.

El no haber podido conformar una sólida construcción, pese al notable intento emprendido en 1886, debido a la precariedad en la realidad de los valores fundantes o fundamentales, merced a nuestras peculiares y difíciles circunstancias, hace que nuestras instituciones estén en permanente e inminente riesgo. Aunque parezca paradójico, lo normal

en nuestra situación es lo anormal, la regla es la excepción, lo duradero es lo provisional³⁸.

No debería causar extrañeza que nuestro Estado, en lugar de seguir una trayectoria de proyección y consolidación histórica, como ocurre en la civilización occidental, deba ajustarse y desajustarse constantemente, conforme a lo que la coyuntura, generalmente crítica, demande. Nuestro Estado es precario en la medida en que es coyuntural. Nuestra máxima de acción parecería ser, a cada problema una norma, y al acaso la solución. El resultado obvio de tal modo de proceder es una infame inflación normativa, una hipertrofia jurídica y una falta de continuidad en nuestro Derecho³⁹.

La obsesión por la coyuntura, innegablemente acuciante y compleja, unida a nuestra desmesurada impaciencia, no permiten pensar siquiera en unas instituciones duraderas, en normas estables, en un Derecho que vaya más allá del momento⁴⁰. Nuestra historia republicana ha estado plagada de amnistías e indultos, como preludio de nuevas guerras; el aparente olvido es el caldo de cultivo del odio, el motor de la confrontación⁴¹. La amnistía y el indulto solucionan aparentemente la coyuntura presente, pero, preservan, como el papel aluminio, el problema para días futuros, y, además, generan la esperanza, probablemente fundada, de que pase lo que pase, siempre estará otra amnistía u otro indulto al alcance de la mano. La gracia especial de amnistiar o indultar, merced a su constancia, se convierte en una costumbre nacional, y de ahí a que se sostenga que el criminal tiene derecho a ellos no hay sino un paso. Mientras tanto la justicia se posterga, se aplaza, aunque, corresponde reconocer que la coyuntura más reciente: el proceso de paz con los grupos de autodefensa, parece ir encaminado, así sea incipientemente, en una trayectoria diferente.

En el caso particular de la evolución del sistema de justicia, los autores observan una doble tensión:

(...) la primera es la existente entre una notoria tendencia a la estabilidad institucional y una igualmente profunda precariedad del Estado colombiano. La segunda es la tensión entre un proyecto de ampliación de los derechos humanos y la ciudadanía social, por un lado, y políticas recurrentes que restringen dichos derechos y fortalecen el poder represivo estatal, por el otro. (p. 267).

Pese a todas las calamidades sufridas y a su complejo entorno, que lo hacen tan precario, el Estado colombiano funciona. La administración de justicia, acusada muchas veces con razón de congestionada, morosa

y generadora de impunidad⁴², tiene, con todo, y especialmente si se compara con las de otros países de la América Latina, "una sorprendente autonomía respecto del sistema político y una notoria estabilidad institucional" (p.270).

§ 7. DESCIFRAMIENTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

Todo hecho, por simple que sea, contiene ya una teoría. Un hecho es una impresión singular sobre un ser despierto.

Oswald Spengler

El sistema de justicia en Colombia suele ser objeto de un sinnúmero de manifestaciones teóricas, generalmente a modo de diagnóstico justificatorio de posteriores reformas, trazadas a mano alzada, en un preludeo de nuevas reformas y así sucesivamente *ad infinitum*. Empero, son recientes y todavía incompletos los datos indicadores de su funcionamiento empírico, obtenidos en recientes investigaciones cuantitativas y cualitativas. Además, la desconcertante pluralidad de jurisdicciones, acciones, procedimientos y pareceres, genera múltiples dificultades para lograr una visión de conjunto del fenómeno⁴³, aunque, con todo, es posible sacar algunas conclusiones en claro.

La primera es que nuestro sistema, en razón de su injustificada, artificiosa e inútil complejidad, por no mencionar también su generalizada morosidad, desestimula el acceso a la justicia de las personas⁴⁴. No es extraño que mecanismos jurídicos más sencillos y prontos, como la tutela, vayan desplazando crecientemente a otros saturados de regulaciones, lentos e inoperantes. Pocos contrastes alcanzan a superar los diez días que se puede tardar la decisión de una tutela, con los años, generalmente numerosos, que toma resolver un litigio en un proceso ordinario.

El sistema de justicia aparece como algo demasiado engorroso y fatigante, al punto que algunas personas, ante la posibilidad de habérselas con él, simplemente prefieren dejar las cosas así. No es casual que las estadísticas de la tutela estén mayoritariamente constituidas por la defensa de derechos especialmente arduos en nuestro burocrático sistema, tales como los derechos de petición, de salud y de seguridad social⁴⁵. La abominable tradición formalista en la que está anclado nuestro sistema, que alcanzó un singular grado de patetismo y de picaresca con el "papel sellado", no sólo está en plena vigencia sino que tiende a empeorar.

Basta intentar cualquier tipo de gestión, pública o privada, para constatar la innegable vigencia de las firmas, los sellos, las autenticaciones y otras muchas exigencias burocráticas *ad hoc*, generalmente hechas en la propia ventanilla, en un tributo a la sinrazón, por nuestra abnegada burocracia. El auge de las notarías refrenda tal aserto. La compleja aventura de reunir los "papeles", para poder hacer los "trámites", tan conocida y sufrida por todos nosotros, se ha tornado, merced a un cálculo burocrático, en un penumbroso mecanismo para eludir responsabilidades⁴⁶ que, en razón de la complejidad del sistema y de la muchas veces justificada aversión de las personas, termina en la impunidad.

La infame práctica de negar todas las obligaciones, o de condicionar su cumplimiento a trámites y más trámites, en una peregrinación interminable de autorizaciones, validaciones, etc., para someter a quienes tienen el derecho a reclamar por él, termina desestimulando en el entretanto a muchos y, de contera, reduce el costo de tales obligaciones⁴⁷. Esta "estrategia", por lo demás común en el sistema de salud y en el de pensiones, denota un grave problema estructural, que va más allá de la coyuntura de un caso concreto, y demanda un tratamiento diferente. En este tipo de conductas deliberadamente diseñadas para perjudicar a las personas, el sistema jurídico no debería conformarse con reiterar las obligaciones y ordenar su cumplimiento, sino que, agregaría yo, debería incluir severas sanciones a los responsables, condenándolos adicionalmente a penalizaciones patrimoniales y criminales.

El incumplir sus obligaciones, por medio de su negación injustificada, o de una tramitación artificiosa, no es sólo una tradición burocrática, sino que también es una práctica común en nuestra sociedad. La justicia ordinaria civil suele estar saturada de procesos en los que no se debate sobre un derecho o sobre una obligación, sino de aquellos en los que se precisa su efectividad y su cumplimiento⁴⁸. El panorama que ofrece la justicia ordinaria penal es significativamente semejante, pues la mayor parte de los delitos están vinculados con el hurto y con la inasistencia alimentaria⁴⁹.

Las cifras de la justicia constitucional, a pesar de no estar suficientemente depuradas, lo que dificulta su operatividad como indicadores, demuestran una preocupante, reiterada y progresiva inquietud respecto de algunos derechos especialmente afectados por las disfuncionalidades, en algunos casos deliberadas y perversas, de nuestra estructura burocrática. Estas prácticas generan una aparente disminución

de costos coyuntural y específica, pero realmente producen un incremento de costos estructural y general, al aumentar los costos de transacción de la economía y al minar la justicia y la seguridad con el costo que representa el incumplimiento impune de las obligaciones. Ante esta mutilada, torpe e infame visión gerencial de la justicia, los autores consideran que

(...) tal vez convendría intentar construir los indicadores de la justicia tomando en cuenta estándares de derechos humanos. En efecto, el derecho al acceso puede ser visto como un derecho prestacional, de forma que puedan aplicarse los criterios reconocidos por la doctrina autorizada para derechos típicamente prestacionales, como la salud, la vivienda y la educación. (p. 393).

§ 8. EL DESTINO DE LA TUTELA.

Ya que siempre fue beneficioso mantener la esperanza en los hombres y tener algo que prometerles para cuando se les necesita.

Nicolás Maquiavelo

La acción de tutela se ha venido consolidando como la principal institución de la Constitución de 1991. Su revolucionaria visión del tiempo, que contrasta palmariamente con la morosidad habitual de los mecanismos jurídicos ordinarios y tradicionales, ha consagrado la tutela como una institución eficiente y eficaz, capaz de hacer efectivos en la práctica los derechos fundamentales. La heterodoxia de haber probado que el sistema de justicia sí puede dar una respuesta pronta a las demandas de la gente, unida a la capacidad de impartir órdenes a las personas, sean de derecho público o de derecho privado, ha generado un entorno conflictivo⁵⁰.

La aplicación de la tutela ha modificado en la práctica nuestro sistema judicial. Esa modificación ha sido más conflictiva en tres temas cruciales: el tiempo, la seguridad jurídica y los derechos sociales⁵¹.

La celeridad de la tutela, que es uno de sus principales encantos, genera, a juicio de sus críticos, de manera paradójica, congestión. Se argumenta que los jueces han descuidado, aún más, sus asuntos ordinarios, debido a que la tutela consume la mayor parte de su trabajo, merced a su perentorio término. El problema de la congestión judicial, que existía desde antes de la aparición de la tutela, se lo quiere ahora adjudicar a ésta. Empero, más allá de lo que se pueda decir en pro o en contra, a mano alzada, el asunto debe examinarse con base en cifras, en un trabajo cuantitativo. Es cierto que la tutela –y el sistema jurídico en su conjunto–

ha ido aumentando significativamente sus números. En el período comprendido entre 1993 y 2004, la tutela ha crecido, en términos de acciones promovidas, diez veces⁵². En un período algo menor, comprendido entre 1993 y 2000, los casos de la jurisdicción ordinaria casi se duplicaron⁵³.

Ciertamente la tutela experimenta un crecimiento mayor, desde el punto de vista de la demanda, como lo muestran las cifras, que la jurisdicción ordinaria. Algo semejante puede decirse de la jurisdicción contencioso administrativa. Esa tendencia parece continuar hasta la actualidad y no se aprecia ninguna circunstancia que permita pensar que ello cambiará en los años por venir. Pese a sus crecientes números, la tutela tiende a concentrarse especialmente en algunos derechos respecto de situaciones comunes, que suelen repetirse, debido a disfuncionalidades endémicas, como ocurre, por ejemplo, con los derechos de petición y de la salud, con los que se afectan con conflictos de convivencia, y con los vulnerados por disfuncionalidades de las distintas jurisdicciones⁵⁴.

La concentración de la tutela en torno a unos pocos asuntos, tiene dos implicaciones: la primera es que la repetición de tutelas sobre unos mismos derechos, en casos semejantes, ha generado y consolidado una jurisprudencia, que facilita decidirlos con prontitud⁵⁵; la segunda es que la tutela revela de manera puntual el crítico funcionamiento de algunos sistemas públicos, lo que brinda elementos suficientes para evaluarlos y corregirlos.

Las cortes de cierre de cada jurisdicción, especialmente la Corte Suprema de Justicia, deben decidir tutelas en más de la mitad de los casos que estudian⁵⁶. Este dato puntual, que contrasta con las cifras del resto de cada jurisdicción, permite sostener, como lo hacen los autores, que la congestión no es un problema general que abarque la mayoría de los casos y de despachos, sino que es un problema particular, predicable de las altas cortes, especialmente de la Corte Suprema de Justicia.

La congestión judicial puede deberse a dos factores principales: (1) al aumento de los casos sometidos al estudio y decisión de los jueces, lo que implica un positivo incremento del acceso a la justicia⁵⁷, que a juicio de los autores puede y debe resolverse sin afectar las virtudes de la acción de tutela⁵⁸; (2) aunque no lo planteen los autores, la congestión judicial puede originarse en disfuncionalidades endémicas del sistema judicial o en la propia naturaleza de dicho sistema. Si se acepta el primer

factor, como lo hacen los autores, o el segundo factor en su primera alternativa, la solución cae de su peso, pues ella pasa por tres acciones, compatibles entre sí, que son: a) el seguimiento y profundización de las líneas jurisprudenciales existentes en materia de tutela, trazadas por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, mediante la institución de *stare decisis et quia non movere*; b) la corrección de las disfuncionalidades sistemáticas que evidencia el grueso de las tutelas, concentrada en derechos como el de petición, salud⁵⁹, aquellos vinculados con conflictos de convivencia y con las deficiencias de la administración de justicia⁶⁰; c) la acumulación de tutelas sobre asuntos semejantes, para decidirlos en una sola sentencia, creando jurisprudencia sobre el tema, que pueda operar como guía para los demás jueces, a manera de precedente horizontal y de precedente vertical. Los autores centran su argumentación en la segunda de las acciones, que quizá sea la menos traumática en el sentido de no generar conflictos entre las diversas jurisdicciones, lo que a la postre, como se verá, en el actual estado de cosas resulta inevitable. Empero, alcanza a insinuarse la posibilidad de expedir leyes estatutarias para definir el asunto de las correcciones al sistema, al menos en el caso de los derechos que suscitan más controversia⁶¹. De suerte que la congestión judicial que se le imputa a la tutela puede resolverse, según sostienen los autores, a partir de la corrección de las disfuncionalidades sistemáticas que llevan a las personas a acudir a ella⁶². Las dos acciones restantes corresponden a la primera alternativa del segundo factor anotado, las cuales se tratarán, conjuntamente con la segunda alternativa de ese factor, con ocasión del tema de la seguridad jurídica.

El segundo conflicto que genera en la práctica la tutela corresponde a la seguridad jurídica, especialmente en cuanto a la cosa juzgada, por cuanto pone en entredicho las decisiones "definitivas" de las autoridades (algo muy debatido cuando se trata de la decisión de los órganos de cierre de las diversas jurisdicciones), lo que genera un pernicioso estado de incertidumbre, sumamente riesgoso en un estado de derecho. El principal blanco de este ataque es la institución de la tutela contra sentencias, generadora de la creciente tensión entre las altas cortes, en un episodio que ha sido calificado erróneamente como un choque de trenes. En este punto en particular convergen dos cuestiones, aparentemente disímiles, pero estrechamente relacionadas, a saber: la revisión de las tutelas decididas por todos los jueces, que eventualmente

hace la Corte Constitucional como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, y la tutela contra sentencias. En ambos casos se manifiesta, aunque de diferente manera, el mismo conflicto. Las altas cortes son el órgano de cierre en sus respectivas jurisdicciones, de tal suerte que, en principio, sus decisiones no podrían ser revisadas, salvo el caso del recurso extraordinario de revisión, tramitado ante la misma jurisdicción, en ningún caso. Sin embargo, esta regla, merced a las circunstancias presentes, en especial a la supremacía constitucional y a la constitucionalización del Derecho, tiene importantes excepciones.

En primer lugar, las decisiones de tutela de las altas cortes, y de todos los jueces, pueden ser revisadas y eventualmente revocadas por la Corte Constitucional, pues las altas cortes no son el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. Incluso la propia Corte Constitucional, en una actitud coherente con su postura, ha revisado (y revocado) en algunos casos las sentencias de tutela proferidas por sus propias salas de revisión. Este orden de cosas implica en el plano de los hechos, y así se ha confirmado históricamente, que la Corte Constitucional revisará preferentemente las sentencias contrarias a su jurisprudencia, dando lugar a una cultura del precedente o, por qué no decirlo, a un sistema de precedentes en materia de tutela.

En segundo lugar, quizá llegando al corazón del conflicto, por medio de la tutela contra sentencias, la jurisdicción constitucional, ejercida por todos los jueces, puede revisar las sentencias ordinarias de las demás jurisdicciones, incluyendo aquellas proferidas por los órganos de cierre de las mismas. En la práctica la jurisdicción constitucional, especialmente su órgano de cierre, la Corte Constitucional, puede revisar todas las sentencias judiciales, sea por la vía de la revisión de las sentencias de tutela, sea por medio de la tutela contra las demás sentencias. Este escenario ineludible parece corresponder coherentemente, aunque todavía no se quiera aceptar, a la constitucionalización del Derecho y a la supremacía de la Constitución, y conduce, mal que bien, a un replanteamiento fundamental, que trasciende el mero funcionamiento (disfuncionalidades) de nuestro sistema judicial, que cada vez está más próximo a ser un sistema de precedentes.

La tutela contra sentencias ha generado un profundo y prolongado enfrentamiento entre nuestras altas cortes, que repite *grosso modo* lo ocurrido en otros países⁶³, en torno al complejo tema de la unificación de la interpretación que los jueces hacen de la Constitución⁶⁴. No es cierto

que los jueces se limiten a aplicar la ley sin más ni más, como lo pretende el anacrónico mecanicismo de la ilustración. Los jueces aplican la Constitución directamente, pues es una norma jurídica; en ocasiones deciden inaplicar la ley por ser contraria a la Constitución (excepción de inconstitucionalidad); y, quizá lo más importante, cuando aplican la ley lo deben hacer interpretándola conforme a la Constitución. Así, pues, la supremacía de la Constitución implica en la práctica la supremacía de la jurisdicción constitucional⁶⁵. Por ello, puede argumentarse, siguiendo a los autores, que la revisión de tutelas y la tutela contra sentencias no sólo no afectan la seguridad jurídica, sino que la afianzan, ya que en un estado de derecho nadie puede estar por encima o al margen de la norma suprema⁶⁶, ni sostener interpretaciones abiertamente contradictorias o equívocas de la misma respecto de lo determinado por su guardián, que es el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional.

El debate entre las altas cortes corresponde entonces a la tensión entre dos visiones diferentes del Derecho: la constitucional y la legal⁶⁷. La tutela contra sentencias, al estar —como la revisión de las tutelas— justificada en la necesidad de asegurar la unificación en la interpretación de la Constitución, en principio no puede recaer ni contemplar las interpretaciones no constitucionales, como suelen ser las interpretaciones de los hechos, de las leyes y de las pruebas⁶⁸. Una misma ley puede tener varias interpretaciones acordes con la Constitución, correspondiéndole a cada juez, dentro de su jurisdicción, elegir la que considera más adecuada al caso que juzga. Salvo que el juez pretenda sostener una interpretación claramente contraria a la Carta, sea por vulnerar su mandato o por afectar injustificadamente un derecho fundamental, convirtiendo así el asunto en un tema de relevancia constitucional, su interpretación es incuestionable por la vía de la tutela.

Conscientes de la grave tensión que genera la tutela contra sentencias, los autores consideran que ésta puede superarse a partir del establecimiento de unas competencias especiales, para evitar que un juez de inferior jerarquía juzgue las providencias de una alta corte; de la fijación de un término perentorio de caducidad de la acción, a fin de poder precisar en el tiempo unos límites claros que permitan determinar con certeza la vigencia, como cosa juzgada, de las sentencias⁶⁹; del reconocimiento de la necesidad de que estas tutelas sean presentadas por medio de abogado, con el propósito de evitar la temeridad de la ignorancia; de la satisfacción de la obligación a cargo del accionante de haber invocado previamente, cuando venga al caso, ante el juez de conocimiento la violación de la Constitución, sea por su abierta trasgresión

o sea por la vulneración de sus derechos fundamentales; del perfeccionamiento y depuración de la jurisprudencia sobre vía de hecho⁷⁰, para precisar esa noción; de la consideración de que sólo procederá ante las altas cortes para unificar la interpretación de la Constitución; y de la determinación de un término más amplio para su adecuada decisión⁷¹.

La tutela contra sentencias suele justificarse principalmente, aunque no de manera exclusiva, en la vía de hecho⁷². La noción misma de vía de hecho es compleja, conflictiva y discutible. La tutela contra sentencias no procede solamente en casos de decisiones caprichosas o absurdas de los jueces, que por suerte son muy poco numerosas, sino que también procede en casos de interpretaciones razonables, pero contrarias a la Constitución⁷³.

Quizá el mayor conflicto que genera la tutela, más allá de lo dicho respecto de la congestión y de la seguridad jurídica, es el vinculado con los derechos que protege y garantiza. Sobre el alcance de la tutela existen al menos tres posturas teóricas concomitantes: la primera, generalmente planteada por defensores del paradigma de la ley, próximos a interpretaciones restrictivas, anacrónicamente militantes del positivismo y de la exégesis, sostiene que la tutela solamente procede cuando se trata de los derechos consagrados en el capítulo I del título II de la Constitución; la segunda, esgrimida por un grupo de pensadores "progresistas", adeptos al paradigma del estado constitucional, próximos a interpretaciones generosas, vinculadas a la socialdemocracia, entre los que puede destacarse el trabajo de Rodolfo Arango, sostiene que los derechos sociales son derechos subjetivos fundamentales y que, por tanto, deben ser protegidos por la tutela; la tercera, que hasta ahora es la sostenida de manera reiterada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera que la tutela puede proteger derechos sociales siempre que estén en conexidad con derechos fundamentales. Las anteriores posturas ponen de presente que la justiciabilidad de los derechos sociales es un tema problemático en Colombia⁷⁴.

Mientras la realización de las libertades enfrenta en la mayoría de los casos obstáculos jurídicos, la realización de los derechos sociales debe superar generalmente obstáculos fácticos⁷⁵. La naturaleza de los problemas generados por los obstáculos fácticos, no siempre previsible o tasables, como ocurre por ejemplo con el derecho a la salud, genera un singular entorno circunstancial en el que es predicable tanto la necesidad –y el derecho– de cubrir un servicio médico a pesar de no haberse previsto o pactado en el plan de salud⁷⁶.

Lo complejo del asunto de la justiciabilidad de los derechos sociales lleva a los autores a replantear la cuestión, tomando partido por la justiciabilidad, pero con algunos matices⁷⁷, en razón de los riesgos de inequidad que esta institución puede generar. Examinado el tema a partir de un análisis de costos, existen casos en los cuales el alto valor de la prestación de una persona, en vista de la limitación de recursos del sistema, puede generar que esa misma prestación no pueda reconocerse en iguales condiciones a todas las personas que la requieren. En estas circunstancias la decisión judicial puede ser una fuente de privilegios⁷⁸. El riesgo del privilegio, gravísimo desde las revoluciones igualitarias, justifica la hipótesis de los autores de que:

La protección del derecho a la salud debe intentar construir una teoría capaz de articular la protección del derecho a la vida digna con el respeto de la igualdad.

(...) Esta propuesta consiste en asumir la visión del derecho a la salud como un derecho en sí mismo fundamental, pero reducido a unos mínimos universalizables.

(...) El derecho a la salud debería pues ser en sí mismo tutelable. Sin embargo, dado que sólo existen recursos limitados, el deber del Estado no consiste en proveer inmediatamente todos los servicios de salud que requieren las personas, sino que se limita a unos componentes básicos que se encuentran señalados en el artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas y en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, los cuales definen las obligaciones básicas y las prioridades elementales en este campo. Estas prestaciones podrían ser eventualmente consideradas como el contenido esencial de este derecho.

A partir de ese mínimo, el Estado tiene la obligación de desarrollar progresivamente la satisfacción del derecho, por medio de planes de salud asegurados a toda la población. La extensión de esos planes dependerá de la disponibilidad de recursos y del propio debate democrático, pero una vez establecidos, en razón del carácter fundamental del derecho a la salud, los componentes de desarrollo progresivo serían también tutelables, en caso de que existieran omisiones o retardos injustificados por parte de las instituciones prestadoras de esos servicios. (p. 518, 519 y 520).

La protección de los derechos sociales (garantía de los derechos prestacionales), sea judicial o no, debe estar siempre justificada, tanto en los casos en que se afirme como en los que se niegue⁷⁹. Los derechos sociales, al involucrar directamente el tema del gasto público, generan

un conflicto entre jueces y legisladores en torno a la disposición del mismo. En este conflicto los autores, argumentando la expresión democrática de la legislación, sostienen que los derechos sociales deben ser por regla general un tema de desarrollo legal y sólo por excepción un asunto de los jueces⁸⁰. Esta plausible y razonable visión de las cosas, al parecer mayoritaria, centra la responsabilidad de hacer efectivos los derechos sociales y, por ende, el estado social, en la legislación; garantizando la protección de los derechos sociales, al menos respecto de unos mínimos universalizables, a partir de los cuales se podría ir ampliando progresivamente dicha protección. Sin embargo, el problema de los derechos sociales sigue latente, pues en ellos lo más importante es su contenido circunstancial, el cual es muy complejo de analizar o de regular de manera previa, impersonal y abstracta. Para decirlo de otra manera: no siempre es sencillo o siquiera posible encontrar unos "mínimos universalizables" de los derechos sociales. Sin el caso concreto, único escenario en el que puede apreciarse y comprenderse la carga circunstancial del derecho, que es la materia con la que trabaja el juez, los derechos sociales pueden perder su sentido.

Coherentes con su discurso, los autores consideran que el activismo judicial en materia de los derechos sociales se debe a la ausencia de la ley, debida a la inactividad o inoperancia del sistema legislativo, más ocupado en otras cuestiones. Este diagnóstico permite suponer que mientras la ley no cubra el vacío que ha dejado, a los jueces les seguirá correspondiendo la compleja misión de llenarlo por vía de la tutela. Empero, hay más, aun en los casos en que el legislador cumpla con su misión respecto de los derechos sociales, a la Corte Constitucional le queda la posibilidad de revisar esas normas y, de ser el caso, declarar su inconstitucionalidad por omisión⁸¹.

§ 9. LA PRECARIEDAD DEL ESTADO.

En sí misma, toda idea es neutra o debería serlo; pero el hombre la anima, proyecta en ella sus llamas y sus demencias; impura, transformada en creencias se inserta en el tiempo, adopta figura de suceso: el paso de la lógica a la epilepsia se ha consumado... Así nacen las ideologías, las doctrinas y las farsas sangrientas.

E. M. Cioran

En Colombia, pese a sus casi doscientos años de existencia (o persistencia) republicana, el Estado sigue siendo precario. Los autores

no sorprenden con su afirmación de que la Constitución ha regido muy poco⁸², por lo demás cierta, pero es que el Estado nunca ha estado del todo asentado, sino que se ha mantenido en entredicho, en un constante peligro, a la defensiva.

Los estados de excepción en nuestra historia han sido paradójicamente la regla. Lo normal en nuestro suelo es lo muy peculiar, lo precario. En el último siglo, bajo el mandato de la Constitución de 1886, el estado de sitio ha sido una especie de comodín que ha servido para todo, muchas veces usado y otras tantas abusado, es muy probable que sin él no existiría siquiera el precario Estado actual, ni la frágil gobernabilidad que con tanto ahínco se pone de presente en los años más recientes.

Las crisis son un fenómeno evidente y, por tanto, innegable. La evidencia y contundencia de su justificación, hace que los estados de excepción no requieran ninguna razón o motivo adicional, para que su existencia pueda ser aceptada por todos. Sin embargo, en el caso colombiano, la institución jurídica del estado de sitio ha sufrido un constante desprestigio y deterioro, originados principalmente en su aplicación inmisericorde a lo largo del siglo XX. La crisis en nuestro país no es algo excepcional, sino una preocupante realidad diaria; este grave estado de cosas, calificado por la jurisprudencia constitucional como un estado de cosas inconstitucional, ha estado y continúa estando, de manera ostensible o latente, presente en nuestra historia.

La Constitución de 1991, quizá motivada por la mala fama y por el deterioro de la institución, y ante la imposibilidad de negar su existencia, la consagra a regañadientes, de manera mutilada, contenida –los autores dirán moderada- y, en todo caso, con muchas y muy estrictas limitaciones, generalmente plausibles desde la perspectiva teórica del gabinete jurídico. Buena o mala, la decisión ya ha sido tomada por la Constitución. Aunque podría ser interesante académicamente reconsiderar críticamente esa decisión constitucional, parece que ésta ha sido aceptada por la comunidad jurídica como un hecho insoslayable. El debate, entonces, no se centra en la Constitución misma, sino que se ha venido desplazando, en razón de la jurisprudencia constitucional de los últimos años, al tema del alcance del control judicial de los estados de excepción⁸³, especialmente respecto de las normas que declaran dichos estados.

Las crisis, en la visión de los autores, provocan un grave dilema para las democracias constitucionales: el colapso, y probablemente el fin, del Estado o el desconocimiento, por parte de los gobernantes, de la

Constitución⁸⁴. La carencia de poderes excepcionales puede hacer sucumbir al Estado o motivar a las autoridades a desconocer la Constitución, como lo advirtió hace ya un siglo el general Reyes, en razón de la "suprema ley de la necesidad".

La existencia del dilema, en todo caso, justifica la consagración constitucional de los estados de excepción. Empero, desde el comienzo de la argumentación, la reflexión de los autores se inclina más que por la necesidad de la institución en sí, por los peligros que ésta representa. El reciente lugar común de que los estados de excepción generan un riesgo, poco menos que cierto, de abuso, de convertir a una democracia constitucional en una dictadura constitucional⁸⁵, como si la dictadura, en sus términos clásicos originales, fuese *per se* una categoría política nefasta, irrumpe en el examen teórico, que nutrido por interesantes análisis históricos, derivará a la postre por el sendero de la limitación, justificando el control judicial de los estados de excepción.

Una primera hipótesis sobre el tema plantea que el control judicial de los estados de excepción es imposible, puesto que se trata de una cuestión netamente política, vinculada estrechamente a la pura necesidad⁸⁶, enfrente de la crisis. Paralelamente, otras personas, consideran que todos los estados de excepción, sea cual sea la crisis existente, deben ser objeto de control judicial⁸⁷.

Se suele aceptar que el Estado tiene el deber de afrontar las crisis y conjurarlas. Por ello, parece razonable la interpretación de que en circunstancias críticas, teóricamente excepcionales, el gobierno debe hacer lo necesario para conjurarlas. Mas, existe algún grado de incertidumbre respecto de qué es lo necesario, en cada caso. Tratando de precisar ese singular entorno circunstancial, los autores proponen una peculiar visión del fenómeno en el caso colombiano. En primer lugar se afirma –afirmación que comparto– que Colombia sí es una democracia, pero una democracia precaria. Y es precaria porque está en constante riesgo, muy próxima a la crisis. Esa precariedad endémica requeriría, en caso de crisis, un firme y sólido poder excepcional, para poder afrontarla, pero, paralelamente, envuelve un riesgo más alto de abuso⁸⁸.

Los estados de excepción sólo pueden medirse en términos de la crisis que están llamados a resolver. Esta medición no puede hacerse teóricamente, de manera previa, como una especie de *a priori*, sino que implica un ejercicio práctico, vinculado estrechamente a las circunstancias concretas que configuran el estado crítico que se pretende conjurar. Así,

pues, para matizar un poco la inclinación, leve, pero inclinación al fin y al cabo, del discurso de los autores, podría hacerse un breve paréntesis para considerar nuestro estado de excepción a la luz de las crisis que hemos vivido en la historia republicana. Es innegable que los estados de excepción generan la tentación de abusar de ellos, y que en algunos casos han sido abusados. Bajo su égida se erigieron las dos dictaduras del siglo XX, la del general Reyes y la del general Rojas Pinilla. Podrían nombrarse otros muchos episodios en los que el estado de sitio se usó para fines baladíes, para cualquier cosa, por muchos gobiernos. Empero, si se examina el estado de sitio de antaño o el estado de excepción de hogaño, en términos de las crisis que se han presentado, muy a las claras se aprecia, que en no pocos casos, y lamentablemente en los más graves, como ocurre, por ejemplo, en el trajinado fenómeno de "la violencia", o más recientemente en el fenómeno del "desplazamiento", o del "terrorismo", la crisis, lejos de haberse conjurado, se mantiene, no sólo latente, sino progresiva. La persistencia de la crisis es innegable. Esa persistencia denota, así decirlo no sea en los días presentes "políticamente correcto", una insuficiencia del poder excepcional de los estados de excepción, tanto ayer como hoy. El dilema de las democracias constitucionales, en nuestro caso, ha manifestado en la historia ambas alternativas: el poder excepcional ha sido insuficiente en muchas materias y épocas, y el Estado en Colombia, en algunos lugares y en algunos momentos ha colapsado, llegando a ser un Estado ausente, un Estado inoperante, incluso un Estado fallido, y en otros, la insuficiencia del poder excepcional ha permitido un desbordamiento por fuera de la Constitución, cuyos alcances apenas empiezan a ventilarse por estos días. En todo caso, lo cierto es que los poderes de excepción no han podido conjurar las más graves crisis que hemos afrontado, como lo indica su persistencia en el tiempo y en el espacio.

La estrecha relación de correspondencia existente entre la crisis y el estado de excepción, implica que la valoración de este último conlleva inevitablemente una valoración de la primera. Ahora bien, ¿qué tipo de valoración es esta? La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el anterior guardián de la Carta, estimaba que la crisis es un fenómeno político y, por tanto, consideraba que no tenía competencia para ejercer control material respecto del acto por medio de cual se declara el estado de excepción⁸⁹. Los actos ejercidos al amparo del estado de excepción sí tenían control material de constitucionalidad, mediante un esquema

excepcional respecto de la acción pública de inconstitucionalidad, mucho más garantista, denominado control automático. Los autores, al no poder negar la existencia de este control, lo desacreditan de plano, a mano alzada, señalando que

(...) la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de casi todas las medidas de excepción, sin importar que no tuvieran nada que ver con la crisis o que restringieran en forma severa las libertades públicas y el debido proceso. (p. 545 y 546).

El nuevo guardián constitucional, sobre la base del mutilado estado de excepción de la carta de 1991, modificará la jurisprudencia constitucional, merced a un cambio de la valoración del estado mismo y de la crisis que lo justifica, considerando que tanto uno como otra deben ser materia de control judicial⁹⁰. Bajo los nuevos parámetros, manifestados en la sentencia C-004 de 1992, ninguna crisis es evidente, pues debe probarse con prolijidad; ni grave, ya que eso debe ser valorado y calificado tanto por el gobierno como por el juez, y su criterio puede discrepar; ni mucho menos justifica el estado de excepción, pues para ello es necesario demostrar más allá de toda duda razonable que los poderes normales o habituales son insuficientes⁹¹. Diez años más tarde, en la sentencia C-802 de 2002, la Corte reiterará su competencia para ejercer control judicial material de la norma que declara el estado de excepción y de la crisis que lo justifica, aunque con unas condiciones menos estrictas a juicio de los autores⁹².

El reiterado uso y abuso del estado de excepción podría ser la causa de que Colombia sea un Estado precario o de que, en términos de los autores, no se haya configurado un estado de derecho pleno. En este caso, como en muchos otros, se puede ver el vaso medio lleno o medio vacío. De una parte es posible sostener que el Estado, con todo y su precariedad, existe merced al ejercicio en algunas circunstancias críticas de los poderes excepcionales. Y agregar que esa precariedad se debe, justamente, a la insuficiencia de dichos poderes, que apenas pueden afrontar las crisis medianamente, sin resolverlas. De otra, es posible sostener que nuestra tradición excepcional, no ha permitido instaurar un régimen de derecho regular, regido por la normalidad, sometido al imperio de la Constitución y de la ley⁹³.

El panorama del estado de excepción, en nuestras condiciones de precariedad, es, como se ve, complejo. Ante esa complejidad se suelen esgrimir dos propuestas alternativas: la primera sostiene

(...) que es necesario lograr primero la consolidación del Estado, antes de pretender que una Constitución como la actual pueda regir los destinos del país. En este sentido, el estado de excepción sin control material por parte de la Corte sería una fórmula para mantener una Constitución restringida hasta tanto se logre consolidar al Estado. (p. 564 y 565).

La segunda, que es la de los autores, sostiene que

A pesar de los costos y riesgos del control material, consideramos que esa intervención judicial es adecuada, más aún necesaria, en un contexto institucional en el cual el estado de excepción pierde su condición de recurso extraordinario y pasa a ser parte esencial de la vida institucional ordinaria del país. Sin embargo, es posible que dicho control haya comenzado tardíamente y, por ello, haya sido incapaz de frenar la incontenible cultura institucional del no Derecho, de acuerdo con la cual los conflictos sociales son de tal magnitud que requieren una solución extrajudicial. (p. 564).

La reflexión sobre el complejo tema del Estado de excepción, conduce a los autores a retomar la hipótesis más atractiva del libro, y quizá me atrevería a sostener que la fundamental, por su utilidad para comprender nuestro singular entorno circunstancial, de que

En Colombia, las distintas partes de esta compleja construcción constitucional deberán ser editadas en forma simultánea: pacificación con democracia, igualdad con democracia, paz con justicia social, derechos humanos con consolidación del Estado, etc.

Para lograr este propósito, creemos que se debe aceptar la posibilidad de que exista el estado de excepción, pero restringido por un control constitucional efectivo a partir de la revisión material de los decretos que promulga el gobierno. (p. 566).

Comparto la hipótesis de que al precario Estado colombiano le hace falta hacerlo todo al mismo tiempo, con las dificultades que ello implica. También comparto el noble propósito de construir la paz con democracia, la igualdad con democracia, con justicia social, con derechos humanos, con la consolidación de un Estado más estable y sólido, y, si no va ya implícita en lo anterior, con libertad. Empero, no aparece tan claro que para lograr este propósito se deba aceptar un control judicial más o menos estricto de la declaración de los estados de excepción, pues ello involucra, no debe olvidarse, valorar la crisis misma.

NOTAS

¹ Uprimny, Rodrigo, Rodríguez G., César y García Villegas, Mauricio, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá D.C., Norma, 2006, p. 601.

² En resumen, al combinar la teoría y el trabajo empírico, por un lado, y el estudio del caso colombiano con el estudio del contexto latinoamericano y global de la justicia, por el otro, nos proponemos ofrecer herramientas adicionales de análisis y evaluación del nuevo rol de la justicia y de las profundas reformas que enfrentan a múltiples actores sociales –desde el gobierno nacional y los gremios económicos, hasta las asociaciones de jueces y abogados, las organizaciones no gubernamentales, los académicos y la ciudadanía en general-. (p. 17).

³ Sin desconocer el aporte del neoinstitucionalismo y el análisis económico del derecho a la reactivación del debate sobre las instituciones, en este libro proponemos una visión de la justicia basada en un enfoque constructivista con una orientación política de corte social. (p. 25).

⁴ En efecto, el institucionalismo social cree en la pertinencia de varias de las críticas que se han elevado en su contra: sus políticas pueden generar dificultades fiscales, en ocasiones pueden resultar contrarias a la equidad y, a veces, producen intervenciones burocráticas alienantes y poco transparentes, que minan la democracia y bloquean su dinamismo. Sin embargo, el institucionalismo social considera que tales objeciones no son razón suficiente para abandonar los ideales de justicia del Estado social de derecho.

El punto de partida de esta reconstrucción es evitar confundir el Estado social con el Estado benefactor o con el Estado desarrollista latinoamericano de mediados del siglo XX, a pesar de los vínculos históricos que han existido entre esos tipos de Estado. (p. 27).

⁵ Con la llegada de la república, los tributos y el alistamiento reavivaron la percepción de ilegitimidad institucional y, con ella, las prácticas intrincadas y sutiles de desobediencia y engaño que venían de la Colonia. La desobediencia del derecho era una costumbre general en la Nueva Granada, donde las leyes eran promulgadas, pero desobedecidas de diversas maneras. El incumplimiento era el reflejo de una cultura originada en la Colonia y que había pasado casi intacta por las instituciones republicanas, todas ellas incapaces de desterrar la imagen popular de que el poder estaba en manos de usurpadores y de que los individuos tenían un derecho natural a defenderse y a sacarle el quite a las imposiciones de los gobernantes. (p. 51).

⁶ De allí surge una cultura popular muy extendida por todo el continente que ve en el derecho y en las instituciones límites y, con frecuencia, obstáculos para la realización de los fines individuales, cuando no oportunidades para sacar provecho personal. (p. 52).

⁷ Las instituciones son las primeras en desconocer el contenido de las normas que crean. Más aún, el incumplimiento social se alimenta y justifica en el hecho de que no hay por qué obedecer a quien a su turno no obedece. (p. 56).

⁸ En un mundo social que valora la actitud del vivo, la defensa de lo público es mal vista. Quien critica el incumplimiento es visto como poco menos que un traidor. En Colombia, a las personas que denuncian a quienes incumplen las normas se les denomina «sapos», y son pocos los apelativos sociales que causan más desprecio y deshonor. (p. 53).

⁹ Las decisiones judiciales justas y correctas, según esto, son aquellas que reducen los costos de negociación –y evitan que las tensiones redistributivas tengan éxito- y que en consecuencia aumentan la riqueza. El derecho, visto desde esta perspectiva normativa, convierte así al juez en un instrumento destinado al perfeccionamiento del mercado. De esta forma, lo jurídico pierde su autonomía y pasa a depender de la economía.

(...) Los valores del derecho son preferencias, y no hay manera de elegir entre éstas, de igual manera no hay posibilidad de escoger objetivamente entre el helado de chocolate y el de vainilla (Fiss, 1986). (p. 68).

¹⁰ La protección de los derechos y la certeza sobre la aplicación de los contratos requiere un sistema de definición y resolución de los conflictos eficiente, neutral y predecible. Sólo de

esta manera los actores económicos y sociales pueden tener la confianza necesaria para hacer negocios y para invertir. El desarrollo económico depende de una justicia que reduzca estos costos. (p. 75).

¹¹ Adicionalmente, han mostrado la capacidad de la economía de contribuir a la explicación de los fenómenos sociales y, en particular, de la violencia y el incumplimiento. En este sentido, los juristas deberían poner más atención al tema de los costos de transacción, no sólo porque son importantes para la búsqueda de la eficiencia del mercado, sino también porque con ellos se puede mejorar la inclusión social y la protección de ciertos derechos fundamentales. Estas teorías han contribuido a que sobre los principios jurídicos y los derechos se adopte una visión más pragmática y con frecuencia más eficiente. (p. 76).

¹² Una objeción simple y frecuente contra este principio es que el derecho ni opera de esta manera, ni mucho menos debería hacerlo así. Los jueces, al proteger los derechos, aunque deben estar atentos a las consecuencias de sus decisiones, no juzgan necesariamente basándose en tales efectos. Si ello fuera de tal manera, el derecho perdería su dimensión normativa y se convertiría en una técnica de medición económica. (p. 78).

¹³ Por lo tanto, ser liberal en Colombia implica ser consciente de que se requiere un esfuerzo mayor para crear las condiciones bajo las cuales el liberalismo puede ser una realidad. Buena parte de esas condiciones son de tipo material y deben traducirse en mayor igualdad social. La conclusión es obvia: un buen liberal en Colombia debería terminar siendo un socialdemócrata, así como un defensor del Estado social de derecho y, por esta vía, del modelo de control constitucional de la economía que la Corte Constitucional defiende. (p. 87).

¹⁴ En principio, los individuos pueden cumplir las normas por alguna de las siguientes tres razones, las cuales dan lugar a tres tipos de cumplimiento. Algunas personas cumplen con lo prescrito por el derecho porque quieren evitar las consecuencias perjudiciales de la sanción. Ésta es la primera razón. En este caso, el individuo hace un cálculo estratégico entre la probabilidad de la sanción y de los beneficios ligados al incumplimiento, y basándose en ello decide. Llamo a este primer tipo de cumplimiento coercitivo. La segunda razón está en la existencia misma de la norma, es decir, la persona cumple porque estima que la norma es válida y simplemente está dispuesta a cumplir el derecho o las reglas válidas que rigen en la sociedad en la cual vive. Estas personas, por ejemplo, pagan impuestos incluso cuando tienen la certeza de que podrían evadir el pago sin ser objeto de sanción alguna. Llamaré a este segundo tipo de cumplimiento normativo. Es posible detectar una tercera razón para cumplir: hay personas que sólo cumplen el derecho cuando lo prescrito por las normas es visto por ellas como bueno. Si el derecho oficial se ajusta a lo que consideran bueno, cumplen, de lo contrario, no lo hacen. (p. 90 y 91).

¹⁵ Además, estos pensadores consideran que la propiedad es un elemento decisivo para amparar esa libertad, en la medida en que ofrece al individuo una órbita reservada donde puede actuar de manera autónoma. Por ello concluyen que la función esencial del Estado es proteger y amparar dicha libertad negativa, así como su sustento esencial, la propiedad privada.

Por otra parte, estas perspectivas ven en el mercado el principio óptimo de regulación social, ya que para los autores que las defienden el mercado representa un orden espontáneo que permite la maximización de la libertad personal, en la medida en que todas las interacciones dentro de éste se hacen a partir del libre consentimiento de los involucrados. El Estado debe entonces amparar la libre iniciativa privada y proteger los contratos, a fin de permitir un desarrollo armónico del mercado. (p. 120 y 121).

¹⁶ Como se advierte con facilidad, las teorías neoliberales tienen como blanco explícito las políticas reguladoras y redistributivas del Estado benefactor de orientación keynesiana. De acuerdo con las críticas neoliberales, dichas políticas provocan un déficit crónico de la balanza de pagos, resultante de un ritmo de endeudamiento público insostenible. La consecuencia es una espiral inflacionaria que, de acuerdo con esta visión, constituye el principal obstáculo que debe ser removido para restablecer el crecimiento económico. (p. 123).

¹⁷ La obsesión con la eficiencia de la justicia, medida exclusivamente en términos del balance entre oferta y demanda, esto es, en términos de la evacuación de los procesos pendientes en los juzgados, ha dejado de lado otra preocupación igualmente importante, que mencionamos líneas atrás: ¿quiénes son los beneficiarios principales de la justicia? ¿Qué actores o grupos sociales tienen acceso a la justicia y, por tanto, pueden aprovechar las ventajas de una justicia eficiente? (p. 133).

¹⁸ ¿Por qué el nombre de institucionalismo social? Por dos razones distintas. En primer lugar, al contrario de visiones que adoptan una interpretación crítica dogmática de la economía y el Estado, y que por lo tanto rechazan cualquier discusión de la «superestructura» institucional, creemos que cualquier agenda de reforma progresista debe darle un lugar central a la tarea de diseño institucional. (p. 135).

¹⁹ En segundo lugar, a pesar de los muy considerables aportes a la visión que proponemos, hechos por las doctrinas constitucionales que a lo largo y ancho de América Latina han promovido la protección de los derechos sociales, preferimos utilizar la expresión *institucionalismo social*, antes que la más difundida, pero más estrecha *constitucionalismo social*.

Esto se debe a que la aplicación del tipo de visión que contemplamos no se limita al ámbito de la decisión judicial en materias constitucionales, sino a todas las decisiones sobre instituciones públicas. (p. 135 y 136).

²⁰ La separación académica que durante mucho tiempo ha existido entre esas disciplinas ha tenido efectos empobrecedores para ambas. La economía ha desconocido la importancia que tienen la dimensión normativa y los arreglos institucionales en el comportamiento de los agentes económicos y en el significado del propio desarrollo, mientras que el olvido de los condicionamientos económicos puede llevar al análisis jurídico a moverse en abstracciones desvinculadas de la dinámica objetiva de los procesos sociales. (p. 147 y 148).

²¹ Para adelantar esa discusión, conviene empezar por distinguir las diversas facetas del problema, ya que la polémica sobre la jurisprudencia económica de la Corte plantea cuatro interrogantes –relacionados, pero diversos–. En primer término, un problema de fundamentación: ¿es posible y legítimo que exista un control constitucional de la economía? En segundo término, uno que es institucional: ¿cuáles son los diseños procesales más adecuados para el desarrollo de la justicia constitucional en este campo? En tercer término, existe un problema hermenéutico: ¿es necesaria alguna forma especial de interpretar y aplicar la Constitución en materia económica o son válidas las herramientas argumentativas ordinarias? Y, finalmente, uno empírico, referido al trabajo de la Corte: ¿qué tan acertadas o equivocadas han sido sus decisiones? (p. 150).

²² Un primer tipo de críticas cuestiona la idoneidad técnica de los jueces constitucionales en este campo, por la cual su intervención produce malas políticas económicas. Según estas objeciones, los jueces no son expertos en estos temas y, por ende, son muy altos los riesgos de que se equivoquen, debido a su falta de conocimientos técnicos en la materia.

Directamente ligado a lo anterior, otras críticas cuestionan la tendencia de los jueces a ser botarates, en la medida en que no tienen en cuenta las restricciones presupuestales, ya que no les corresponde la difícil tarea de cobrar impuestos y obtener los recursos para financiar las políticas sociales. (p. 151).

²³ De hecho, el argumento sobre la falta de conocimientos económicos de los jueces es fácilmente rebatible, debido a que en derecho existen los peritos, las audiencias y los conceptos técnicos, para que los tribunales se familiaricen con los alcances de los temas que no conocen, sean éstos económicos o de otra naturaleza. (p. 157).

²⁴ Un tercer tipo de críticas se funda en la filosofía democrática y participativa, pues parte de la idea de que, en las democracias, los parlamentos y los gobiernos son los que tienen derecho a decidir sobre el modelo económico del país y sobre la orientación del gasto público porque al fin y al cabo para eso fueron electos por las mayorías políticas.

(...)Ligado a lo anterior, un cuarto tipo de reparos considera que la intervención de las cortes constitucionales en la economía desfigura y deslegitima la función de las constituciones en las complejas sociedades pluralistas contemporáneas. (p. 152).

²⁵ Según estas objeciones, la intromisión de los tribunales en las políticas económicas erosiona la participación democrática, puesto que los ciudadanos reemplazan la lucha electoral y la movilización política por la interposición de acciones judiciales. (p. 153).

²⁶ En ese mismo orden de ideas, también creo que los críticos aciertan en señalar que una judicialización excesiva de la política económica –y de la política en general– puede ser muy negativa para la dinámica democrática y para el propio aparato judicial, pues no sólo puede generar un exceso de expectativas en las posibilidades de que unos tribunales providenciales materialicen la justicia social, sino que además acentúa la desmovilización ciudadana. (p. 155).

²⁷ Por último, conviene destacar que el control constitucional de las políticas económicas puede tener efectos positivos, en términos de transparencia de las políticas públicas, pues el debate judicial obliga a quienes toman determinadas decisiones a defenderlas en un lenguaje que sea accesible a quien es lego en la materia, ya que deben explicar y convencer a los jueces de la legitimidad constitucional de las estrategias económicas. (p. 161).

²⁸ No es históricamente claro que las asambleas que hacen las constituciones sean más democráticas que los congresos que hacen las leyes, ni existe mecanismo alguno que permita concluir que en estas asambleas se manifiesta el pueblo, mientras que en las legislaturas operan únicamente sus representantes.

(...) Ellas reposan, a mi juicio, en dos ideas elementales, pero profundas y complementarias: los defectos y paradojas del principio de mayoría y la importancia de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas. (p. 175).

²⁹ Por ello, como sugiere un analista, la democracia, si quiere preservar sus manos (subsistir como democracia), debe atarse un poco las manos, es decir, aceptar que ciertos asuntos, en especial las reglas del juego democrático, quedan sustraídas del debate democrático.

Esto es lo que explica la existencia de los pactos constituyentes, la supremacía de la constitución sobre las leyes ordinarias y la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad. En efecto, dichos pactos representan el acuerdo sobre las reglas del juego democrático; deben tener supremacía sobre las leyes, pues es la única forma de que esas reglas no puedan ser afectadas por el debate democrático ordinario; y, finalmente, para que esas reglas de juego sean respetadas, es necesario que exista un guardián que las haga cumplir. Como es obvio, ese garante del cumplimiento del juego democrático no puede a su vez pertenecer a las mayorías, pues precisamente pretende controlarlas. Debe ser un órgano independiente, esto es, algo parecido a un tribunal constitucional, sin importar el nombre que se le dé. (p. 176 y 177).

La anterior justificación del control constitucional se vincula, además, a la importancia que tienen los derechos fundamentales en una sociedad democrática. La idea es que muchos de esos derechos son, en primer término, presupuestos procesales del funcionamiento de la democracia, pues mal podría existir un verdadero debate democrático si no se garantizan la libertad de expresión y de movilización, los derechos de asociación, los derechos políticos, etc.

(...) Pero para que esas personas sean verdaderamente libres, es necesario asegurarles unas condiciones mínimas de dignidad, que les permitan desenvolverse como individuos autónomos. Los derechos fundamentales representan esos bienes, que se consideran indispensables para que todas las personas gocen de la dignidad necesaria para ser ciudadanos verdaderamente libres, iguales y autónomos. (p. 177).

³⁰ Las reflexiones precedentes nos llevan a otra conclusión, que constituye una tercera justificación del control constitucional: la democracia, para que conserve aquellos elementos por los cuales es un régimen digno de ser respetado y obedecido, no puede ser pensada como un gobierno de las mayorías en beneficio de las mayorías. (p. 178).

³¹ Por ello, como la han mostrado Colmes y Sunstein (1999), la protección de todos los derechos, incluso de las libertades civiles, tiene costos económicos, y supone un arbitraje entre usos alternativos de recursos escasos. Por ende, si el argumento fuera exclusivamente de costos y de ordenamiento de gasto por la vía judicial, entonces habría también que eliminar las decisiones judiciales para amparar los derechos civiles, porque esas intervenciones también implican, en muchas ocasiones, erogaciones presupuestarias. (p. 184).

³² En primer término, las constituciones aspiracionales mantienen viva la percepción política de que el cambio social es posible, lo cual es importante en sociedades que mantienen una considerable insatisfacción con el presente. Las constituciones destinadas a preservar el statu quo en sociedades en las cuales la situación social y política es considerada inaceptable por la gran mayoría son por lo general impuestas por una élite gobernante a la cual conviene que todo permanezca como está. (p. 210).

³³ El primer riesgo del constitucionalismo aspiracional es que puede fomentar una percepción desmesurada de las capacidades que realmente tiene la constitución para propiciar cambios sociales. Esta sobrevaloración puede propiciar una actitud pasiva de los individuos y de los grupos sociales, y oscurecer el papel de éstos en la definición de su propio destino y en las posibilidades de transformación social. (p. 211 y 212).

³⁴ El segundo riesgo se origina en el hecho de que este tipo de constitucionalismo puede propiciar una situación de reforma casi permanente, sobre todo allí donde los sistemas políticos son muy débiles y los gobiernos tienen un déficit de legitimidad, lo cual es común en América Latina. (p. 212).

³⁵ En América Latina, tenemos una larga historia de recepciones frustradas de modelos e ideas foráneos. Esto se debe a que creemos, o mejor, nos quieren hacer creer, que los cambios normativos e institucionales operan por sí mismos con independencia de los contextos. (p. 218).

³⁶ Pero todo esto es claramente insuficiente. La distancia entre el texto constitucional y las realidades sociales continúa siendo demasiado grande como para poder decir que Colombia es un país regido por una constitución. (p. 221).

³⁷ Esas tareas no son fáciles: reconocemos explícitamente que es muy difícil avanzar en la consolidación de un Estado de derecho y de una justicia democrática en un contexto de guerra y violencia intensa. De igual manera, y ése es el reverso de la moneda, es claro que los imperativos del derecho obstaculizan a veces las negociaciones de paz o la acción militar. (p. 237).

³⁸ La evolución del aparato judicial colombiano ha estado afectada por algo que se puede denominar *doble excepcionalidad*, es decir, por medio de medidas de excepción –esto es, aquéllas provenientes del estado de sitio o de otras instituciones de emergencia- se pasan por alto algunas garantías constitucionales para enfrentar, por medio de la justicia –que adquiere entonces un fuerte contenido bélico-, ciertos conflictos sociales. Esto quiere decir que las reformas judiciales, en lugar de ser transmitidas a través de un amplio debate democrático y con el fin de desarrollar garantías constitucionales, han sido establecidas por medidas de estado de sitio o de conmoción interior principalmente, con miras a enfrentar desafíos coyunturales. Esas normas luego son regularizadas y convertidas en legislación permanente. (p. 242).

³⁹ El primer problema es que este fenómeno ha conducido a una enorme inflación normativa, ya que permanentemente se ha recurrido a múltiples medidas excepcionales para enfrentar retos disímiles.

(...) Un segundo obstáculo es que ha habido una hipertrofia de lo penal, es decir, se han intentado resolver los diferentes problemas por la vía penal y, específicamente, por la vía penal de excepción.

(...) Un tercer problema de la tendencia a la excepcionalidad es que ha habido una falta de seguimiento de las políticas judiciales y de evaluación de sus efectos. (p. 243).

⁴⁰ En primer término, hay que hacer una justicia para la paz; las estrategias y reformas judiciales deben ser pensadas como instrumentos para la paz, y por ello deben buscar disminuir el desfase que existe entre la oferta y la demanda de justicia. De hecho, como se ha visto, los conflictos sociales en Colombia no han tenido casi nunca una adecuada solución en la administración de justicia. Problemas de congestión, de información y de costos, entre otros, sumados a los factores socioinstitucionales mencionados, han impedido que las personas vean en la justicia un instrumento atractivo al momento de resolver sus problemas. (p. 256 y 257).

⁴¹ La experiencia colombiana es lamentablemente instructiva al respecto: las amnistías incondicionales a la terminación de los conflictos, sin que se hubieran establecido responsabilidades, esclarecido la verdad de lo ocurrido o reparado a las víctimas, mantuvieron sentimientos de injusticia y venganza que alimentaron posteriores guerras y violencias. Por ende, en Colombia, las amnistías amnísticas han perpetuado las violencias. (p. 260).

⁴² La crisis de la administración de justicia durante la década de los ochenta era evidente y reconocida por todos los sectores; sus manifestaciones más claras, pero no las únicas, eran la congestión, la morosidad y la situación generalizada de impunidad. (p. 278).

⁴³ Dos factores parecen alimentar la precariedad de indicadores sobre el funcionamiento de la justicia. Uno es metodológico, y tiene que ver con el hecho de que, salvo en Estados Unidos, durante mucho tiempo la justicia no fue objeto de investigaciones sociales empíricas ni de evaluaciones permanentes sobre su funcionamiento, y ello debido a que se le consideraba una variable dependiente de otros fenómenos sociales, como la economía o la política. La otra dificultad deriva de la naturaleza misma del sistema judicial, pues existe no sólo una gran diversidad de sistemas judiciales, sino que además una leve variación del ordenamiento normativo tiene consecuencias importantes en las dinámicas estudiadas. (p. 320 y 321).

⁴⁴ Así, en la encuesta se preguntó a quienes no acudieron a las autoridades cuál fue la razón principal por la cual no lo hicieron y, según sus condiciones personales: 32% indicaron falta de pruebas y 18% el temor a represalias; pero igualmente 19% señalaron como causa la complejidad de los trámites, lo cual podría indicar que mecanismos de simplificación procesal podrían facilitar considerablemente el acceso a la justicia en Colombia. (p. 352).

⁴⁵ Como puede verse en la Tabla 5, los tres derechos más invocados a través de la acción de tutela son el derecho de petición, el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social. El derecho de petición fue invocado en el 29% de los registros contabilizados, mientras que el derecho a la salud aparece en el 28% y el derecho a la seguridad social en el 20% de los registros. Los siguientes grupos de derechos más invocados son el derecho al debido proceso y al trabajo, los cuales aparecen en aproximadamente el 8% y el 5%, respectivamente, de las tutelas presentadas en el país. Un último grupo está conformado por aquellos derechos que tienen una presencia igual o menor al 1%. Dentro de esta categoría están el derecho a la educación y los derechos de los niños, los cuales son invocados en el 1,32% y el 1,18% de las tutelas. (p. 358).

⁴⁶ Con frecuencia, las EPS niegan la prestación de servicios, a pesar de que son conscientes de que la ley los obliga a hacerlo. Si se analizan las dos causales más frecuentes para la denegación del servicio, obligaciones que no se encuentran en el Plan Obligatorio de Salud (POS) y ausencia del número mínimo de semanas cotizadas, se observa que en la mayoría de los casos ninguna de las dos se cumple. (p. 362).

⁴⁷ En efecto, el 98,5% de las tutelas interpuestas para exámenes diagnósticos, el 94,9% de las tutelas para la solicitud de cirugías y el 95,8% de las tutelas para la solicitud de tratamientos eran casos donde el demandante cumplía con el requisito de haber acumulado al menos cien semanas cotizadas.

Esta renuencia de las EPS a prestar servicios a los que se encuentran obligadas puede explicarse como una estrategia de reducción de costos. Las EPS saben que no todos los usuarios recurren a la acción de tutela para exigir el cumplimiento del servicio o que en caso de servicios establecidos fuera del POS la entidad encargada de sufragar los gastos médicos será el Fondo de Seguridad y Garantía (Fosyga). (p. 362 y 363).

⁴⁸ Esta composición del litigio civil permite formular una conclusión central en relación con la justicia civil en Colombia: la mayor parte de las disputas que se tramita en ella no sigue el modelo clásico del proceso, en el que las dos partes discuten los hechos y aportan pruebas, con el fin de obtener una sentencia favorable. Efectivamente, en lugar de este tipo de litigio incierto en el que el rol del juez es adjudicativo, el proceso típico de la justicia civil es aquel en el que se busca un mecanismo coactivo para hacer efectivas obligaciones indiscutidas (Rodríguez, 2001). De ahí la preponderancia de los procesos ejecutivos frente a los declarativos. (p. 372).

⁴⁹ Dadas las anteriores cifras, puede concluirse que son los delitos contra el patrimonio económico –dentro de los que se encuentra el hurto en todas sus formas- los que más ocupan el trabajo de la jurisdicción penal, seguido muy de cerca por los delitos contra la familia (inasistencia alimentaria) y contra la vida (homicidios y lesiones personales). (p. 381).

⁵⁰ Para algunos, la tutela no sólo representa un avance democrático indudable, sino que incluso constituye casi una revolución judicial, pues ha permitido materializar los derechos fundamentales en la vida cotidiana de los colombianos. Otros, en cambio, ven en ella un nuevo factor de congestión judicial y de desarticulación institucional, que ha afectado gravemente la eficacia de la justicia y la seguridad jurídica, y que además ha agravado los desequilibrios económicos y fiscales, en razón del ordenamiento de gasto efectuado por los jueces. (p. 471).

⁵¹ Según nuestro parecer, la tutela ha provocado tres grandes controversias: (i) en qué medida ha sido un factor de congestión, y qué hacer con la posible congestión que ha provocado; (ii) en qué medida esa acción judicial ha provocado inseguridad jurídica y ha afectado la cosa juzgada, debido a la existencia de tutelas contra providencias judiciales, y qué se debe hacer frente a ese fenómeno, y (iii), finalmente, si debe o no mantenerse la tutela para la protección de los derechos sociales. (p. 472).

⁵² Hemos pasado de 20.000 tutelas falladas en 1993 –primer año completo con esta figura- a 198.000 tutelas falladas en 2004, lo cual significa una multiplicación de aproximadamente diez veces (Colombia, Relatoría de la Corte Constitucional 2005). (p. 473).

⁵³ Ahora bien, la demanda de tutela no es la única que ha aumentado; la demanda judicial, en general, también ha crecido. En efecto, en 1993, a la jurisdicción ordinaria ingresaron unos 750.000 casos nuevos, mientras que para el año 2000 alcanzaron a entrar aproximadamente 1.400.000 (Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, 2005). (p. 474).

⁵⁴ Un segundo factor que congestiona la tutela, como lo indican esas tablas, está relacionado con la crisis del sistema de salud, que requiere soluciones de tipo político y administrativo. (...) Un tercer factor proviene de los denominados conflictos de convivencia. En la medida en que existan mecanismos adecuados de resolución de conflictos a los cuales las personas acudan antes de optar por una demanda judicial, por abandonar toda esperanza de solución, o por una solución ilegal del problema, no sólo se descongestiona la tutela, sino que se contribuye a la paz social.

Un cuarto factor radica en la gran cantidad de tutelas que se originan en las disfunciones de la justicia ordinaria. (p. 481).

⁵⁵ Como se mostrará posteriormente, la mayor parte de las tutelas recae en problemas recurrentes, que se han vuelto en cierta medida rutinarios (como derechos de petición o solicitudes de tratamientos médicos), y ello permite que los jueces los solucionen muy rápido. Por ello, es muy probable que los jueces dediquen menos del 15% de su tiempo y recursos a examinar tutelas. (p. 476).

⁵⁶ En contraste, la situación es realmente dramática en las altas cortes, en especial en la Corte Suprema de Justicia, y en menor medida en el Consejo de Estado. En 1999 –último año sobre el que contamos con datos consolidados disponibles-, la Corte Suprema de Justicia resolvió aproximadamente 8.500 casos, de los cuales alrededor de 4.400 fueron tutelas (Fuentes y Amaya, 2001: 55). Esto significa no sólo que más de la mitad de la carga laboral de la Corte Suprema de Justicia estuvo dedicada a la tutela, sino que cada magistrado debió proyectar, en promedio, 190 tutelas, sin contar las salas a las que tuvo que asistir para decidir los casos de sus colegas. (p. 476 y 477).

⁵⁷ Estos datos también muestran un incremento del acceso a la justicia, lo cual es muy bueno. No hay duda de que los ciudadanos han encontrado en la tutela un mecanismo ágil para resolver sus conflictos, mecanismo que por lo general no encontraban en las acciones ordinarias ofrecidas por el sistema general. (p. 477).

⁵⁸ La solución de los problemas de congestión derivados de la tutela debe hacerse sin afectar las virtudes democráticas de esta acción judicial, que son, entre otras, haber facilitado el acceso a la justicia y haber permitido que la Constitución sea realmente aplicada. (p. 478 y 479).

⁵⁹ En efecto, como lo muestran las tablas 4 y 5, una gran cantidad de peticiones (cerca de un 20%) son derechos de petición no resueltos, concentrados fundamentalmente en el Seguro Social y en la Caja Nacional de Previsión (Cajanal). (p. 480).

⁶⁰ Es necesario preguntarse cuáles son los factores que llevan a los ciudadanos a presentar tutelas. En efecto, si los análisis sociojurídicos muestran que una gran parte de las tutelas proviene de cierto tipo de abusos recurrentes, que pueden ser enfrentados con otras medidas estatales, entonces la demanda de tutela podría aminorarse sin vulnerar la eficacia de esta acción constitucional, tratando de incidir en la demanda por medio de políticas públicas destinadas a reducir los abusos que llevan a los ciudadanos a utilizar este mecanismo judicial. (p. 479).

⁶¹ Finalmente, un elemento que alimenta la demanda de tutela es la falta de claridad sobre el alcance de los derechos fundamentales y la ausencia de una fuerza vinculante explícita de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia. Una posibilidad, como lo ha destacado Cepeda (2000), es expedir leyes estatutarias sobre los derechos que más demanda de tutela generan y que más controversia han suscitado. (p. 482).

⁶² En síntesis, frente al tema de la congestión judicial se pueden lograr consensos relativamente razonables: en primer lugar, la tutela conlleva a una presión sobre el aparato judicial; ésta no es dramática, pero es necesario estar atentos a su evolución en el futuro. En segundo lugar, es fundamental estudiar los factores que alimentan la demanda de tutela para encontrar soluciones a los problemas de la gente, que pasen por la administración y el gobierno antes de que se conviertan en casos judiciales. Finalmente, frente a las altas cortes, es básico distribuir la carga de trabajo que actualmente tienen en el conjunto del aparato judicial, pero intentando preservar la vinculación preferente de esas corporaciones a la Constitución y a los derechos fundamentales. (p. 485).

⁶³ Un buen ejemplo que ilustra este último argumento se encuentra en una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en 1816, en el caso *Martin contra Hunter's Lessee*. En aquel momento, el Tribunal Supremo del Estado de Virginia se opuso a la aplicación de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos con el argumento de que, debido a la cláusula federal, la Corte estatal era suprema en el Estado respectivo, y no podía recibir la orden de nadie. Con todo y dicha oposición, la Corte Suprema de Estados Unidos revocó la sentencia de la Corte de Virginia, y defendió la competencia de la Corte Suprema Federal para revocar sentencias de los tribunales supremos de los estados. Luego de indicar algunos argumentos textuales e históricos que justificarían esa competencia, el juez Store, magistrado que redactó la sentencia –considerada una de las más importantes de la historia de Estados Unidos–, señaló el argumento decisivo: «Un motivo de otra naturaleza perfectamente compatible con el respeto más sincero por los tribunales estatales, induce a la concesión de un poder de apelación sobre sus decisiones. Este motivo es la importancia, incluso la necesidad de que se dicten decisiones uniformes en todos los Estados Unidos sobre todos los temas al amparo de la constitución. Jueces igualmente conocedores e íntegros en diferentes Estados pueden interpretar en forma diversa la ley, un tratado o la propia constitución. Si no existiera una autoridad con competencia para revisar esas sentencias discordes y disonantes a fin de armonizarlas y unificarlas, las leyes, los tratados y la Constitución de los EEUU serían diferentes en los diferentes estados y no tendrían tal vez nunca la misma interpretación, fuerza vinculante y eficacia en dos estados». (p. 489 y 490).

⁶⁴ En esa medida, si no se admite la tutela contra sentencias, no existe la posibilidad de unificar la interpretación que los jueces del país hacen de la Constitución. (p. 490).

⁶⁵ Por ello, como dice Pérez Tremps (1985: 271-272), la supremacía de la interpretación del tribunal constitucional es la consecuencia lógica de la supremacía de la Constitución y de la necesidad de unificar su interpretación.

(...) En otros términos, la elección política de los magistrados de la Corte Constitucional crea un vínculo entre el control constitucional de derechos y la democracia representativa, vínculo que está ausente en el caso de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. (p. 492).

⁶⁶ Así las cosas, si la tutela contra sentencias no sólo no atenta contra la seguridad jurídica, sino que incluso la protege, ¿cuál es la verdadera razón de la oposición de ciertos sectores de la doctrina y de la judicatura a esa figura? Según nuestro criterio, dos pueden ser las motivaciones: por un lado, un distinto entendimiento de la fuerza normativa de la Constitución, y, por el otro, una disputa sobre quién tiene la última palabra sobre el alcance de los derechos fundamentales. (p. 494 y 495).

⁶⁷ Es decir, el verdadero debate se libra entre una visión constitucional del derecho y una visión legal del derecho. (p. 495).

⁶⁸ De esa manera, la conclusión en esta materia no debería consistir en la necesidad de eliminar categóricamente la figura de la tutela contra sentencias, sino en la pertinencia de limitar su función, en lo que se refiere a las decisiones de las altas cortes, a la unificación del entendimiento del alcance de los derechos fundamentales.

Así, la revisión de estas sentencias efectuada por el juez constitucional no debería recaer nunca sobre problemas de eventuales errores de interpretación legal o de apreciación de pruebas, ya que en estos aspectos debe entenderse que la Corte Suprema, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura –máximos tribunales de sus respectivas jurisdicciones- han clausurado ya esos debates. (p. 497).

(...) En segundo lugar, la tutela contra sentencias debe tener un término de caducidad como cualquier otra acción judicial, pues las decisiones judiciales no pueden quedar sujetas indefinidamente a un eventual ataque por vía de tutela, ya que no sólo se vería afectada la cosa juzgada, sino que además se estaría desconociendo la inmediatez que debe caracterizar a dicha acción. Vencido el término de caducidad, la sentencia quedaría en firme, por más de que no tuviera el mínimo de justicia material. (p. 500).

⁷⁰ En tercer lugar, las tutelas contra providencias judiciales deberían requerir abogado, si el proceso originario necesitaba también de abogado.

(...) En cuarto lugar, la ley debería establecer que quien quiera presentar una tutela contra una providencia judicial que ponga fin a un proceso tenga la carga de haber invocado previamente la violación de ese derecho fundamental dentro del propio proceso, salvo que la vulneración ocurra en la propia sentencia.

(...) En quinto lugar, la doctrina sobre la vía de hecho debería perfeccionarse y clarificarse. En la actualidad, al menos en su enunciación formal, la tutela sólo procede contra actuaciones caprichosas o manifiestamente equivocadas de los jueces, que puedan ser calificadas como vías de hecho. (p. 501).

⁷¹ En sexto lugar, y ligado a lo anterior, mientras que la tutela debe continuar procediendo tanto para remediar las vías de hecho de los jueces inferiores como para unificar la interpretación de los derechos fundamentales que éstos lleven a cabo, debe entenderse que la tutela contra sentencias de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura –máximos tribunales de sus respectivas jurisdicciones sólo debe proceder para lograr la unificación del entendimiento de los derechos fundamentales, y no para corregir los yerros judiciales derivados de interpretaciones legales o valoraciones probatorias, ya que se entiende que esos altos tribunales, por la calidad de sus miembros y su propia jerarquía, no cometen ese tipo de errores y clausuran el debate respecto de ellos.

Finalmente, podría pensarse que, salvo los casos de omisiones o situaciones que generen perjuicios irremediables, las acciones de tutela contra providencias que han puesto fin a un proceso podrían estar sujetas a plazos un poco más largos, pues si la persona ya esperó el trámite de un proceso ordinario, no parece existir la necesidad de que el juez constitucional deba decidir el asunto en el apremiante término de diez días. Podría verse un término de uno o dos meses para decidir esos asuntos. (p. 502 y 503).

⁷² La Corte ha precisado que existen cuatro defectos o yerros que transforman una providencia en vía de hecho susceptible de tutela: (i) el defecto sustantivo, si la norma invocada es claramente inaplicable al caso concreto; (ii) el defecto fáctico o error grosero en la valoración probatoria; (iii) el defecto orgánico, por falta absoluta de competencia, y

(iv) el defecto procedimental, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo. (p. 487 y 488).

⁷³ También resulta discutible denominar *vía de hecho* tales decisiones, que expresan una visión distinta, pero que puede ser razonable, sobre el significado de la Carta. La procedencia de la tutela no proviene en estos casos del carácter caprichoso de la decisión judicial revisada, sino de la necesidad de unificar los criterios sobre el alcance de los derechos fundamentales. Esto muestra que la doctrina de la *vía de hecho* resulta insuficiente. (p. 502).

⁷⁴ El tema de la justiciabilidad de los derechos sociales adquiere matices especialmente intensos hoy en día en nuestro país, debido a la dificultad de conciliar una constitución muy progresista en materia de derechos sociales con una realidad social colmada de necesidades e injusticias. (p. 504).

⁷⁵ Mientras en los derechos de libertad los problemas de realización resultan, por lo general, de obstáculos jurídicos, en los derechos sociales tales problemas provienen casi siempre de obstáculos fácticos. (p. 505).

⁷⁶ Incluso aquellos eventos en los cuales tales prestaciones se encuentran excluidas del plan obligatorio de salud (POS), el paciente tiene derecho a demandar el servicio por medio de tutela cuando se cumplan las siguientes tres condiciones: (i) un médico de la EPS respectiva haya ordenado el tratamiento, (ii) no exista un tratamiento equivalente en el POS y (iii) la persona no cuente con los recursos para pagar directamente el servicio. (p. 512).

⁷⁷ Creemos que esta polémica debe ser replanteada. Aquí proponemos una posible manera de hacerlo. En primer lugar, se debe reconocer que ambas partes poseen argumentos de peso. A favor de la tutela por derechos sociales cuentan tanto el énfasis normativo de la Carta de derechos como los pactos internacionales de protección de los derechos sociales. A favor de la desjudicialización de los derechos sociales cuentan algunas preocupaciones bien fundadas sobre las consecuencias inequitativas de las dogmáticas desarrolladas por la Corte Constitucional en el tema.

En segundo lugar, creemos que la pregunta que debemos hacernos no es la de si debe o no haber tutela por derechos sociales, sino cuál debe ser la dogmática adecuada en materia de derechos sociales y cuáles deben ser los procedimientos para obtener dicha tutela. Esto supone desde luego tomar partido a favor de la judicialización de los derechos sociales.

(...) Sobre lo que debemos preguntarnos, repetimos, es sobre el tipo de protección de los derechos sociales. Para responder a esta pregunta creemos que se podrían repensar algunos de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte. (p. 517).

⁷⁸ En efecto, la teoría de la Corte corre el riesgo de provocar profundas desigualdades cuando la prestación otorgada es tan costosa que no puede ser concedida por el sistema de salud a todos los que la requieren, por lo que la decisión judicial estaría consagrando privilegios contrarios al principio de igualdad de trato, según el cual, todas las personas que se encuentren en una misma situación deben recibir un mismo tratamiento de parte de las autoridades. (p. 518).

⁷⁹ Por ello, la solución podría ser que, cada vez que se constate que se encuentra excluida del POS una prestación médica necesaria para amparar la vida digna del peticionario, el juez constitucional debería exigir a las autoridades políticas encargadas del diseño de esos planes que justifiquen claramente esa exclusión. (p. 521).

⁸⁰ En materia de derechos sociales, tal contexto está marcado por las relaciones entre jueces y gasto público o, mejor aún, entre los jueces y la legislación, entendida ésta como la expresión democrática encargada de definir el gasto público. Los derechos sociales deben ser desarrollados prioritariamente a través de las leyes. Los jueces, en cambio, están llamados a cumplir una función remedial en aquellos casos en los cuales la legislación ha sido insuficiente para proteger los derechos. (p. 522).

⁸¹ Desde el punto de vista de la interpretación judicial, la percepción de un sistema legislativo inoperante sirve como razón para justificar el activismo, como un remedio contra la ausencia de ley.

(...) Entre esos mínimos estaría la incorporación a la ley de todas las prestaciones necesarias para proteger la vida digna. Quedaría abierta la posibilidad de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión en aquellos casos en los cuales el legislador no desarrolle la Constitución. (p. 523).

⁸² En Colombia, la constitución pocas veces ha regido en forma plena. Una prueba de ello es el recurso permanente que los gobiernos han hecho a los mecanismos de excepción. (p. 531).

⁸³ También explican la importancia del debate en torno a si debe o no existir un control judicial de la declaratoria de un estado de excepción por parte del presidente. Este artículo aborda ese debate y defiende una tesis que tiene los siguientes tres componentes: (1) la posibilidad de declarar el estado de excepción es compatible con el constitucionalismo y existe en todas las constituciones democráticas del mundo. (2) El problema del estado de excepción en Colombia no deriva de las normas que lo consagran; más aún, éstas parecen más moderadas que en otros países con democracias más consolidadas. El problema se origina en el uso normalizado que en Colombia se ha hecho de dicha facultad. (3) La mejor manera de combinar la necesidad de la excepción con la necesidad de evitar el peligro de su uso normalizado es a través de un control constitucional sobre los decretos de excepción, tal como lo prevé actualmente la Corte Constitucional. (p. 532 y 533).

⁸⁴ Las situaciones de grave crisis que llegan a amenazar la existencia misma del Estado y de la vida organizada en la sociedad plantean un difícil dilema a las democracias constitucionales. Ese dilema, que no por clásico deja de ser actual, lo podemos formular así: si no se autorizan poderes excepcionales a las autoridades durante tales crisis, se corre el riesgo de que el Estado sucumba o, más probable aún, de que los gobernantes –desprovistos de la posibilidad de invocar poderes extraordinarios- decidan romper en forma abierta el orden constitucional. (p. 534).

⁸⁵ Sin embargo, el abuso de los poderes de excepción, materializados en verdaderas «dictaduras constitucionales», presenta graves riesgos. (p. 534 y 535).

⁸⁶ El dilema constitucional sobre los estados de excepción tiene obvias implicaciones sobre el eventual control judicial de las decisiones gubernamentales en crisis agudas (al respecto, véanse Barreto, 2002, y Buró, 2002). Algunos consideran que el control judicial en este tipo de crisis es imposible, por cuanto el uso de los poderes de emergencia es una cuestión política que cae en el reino de la pura necesidad y, por consiguiente, escapa a cualquier escrutinio judicial. (p. 536).

⁸⁷ El uso de los poderes de emergencia es visto como una cuestión política no justiciable. Por el contrario, algunos académicos argumentan que las crisis constitucionales, sin importar su intensidad, deben ser controladas judicialmente como cualquier otro evento político. (p. 537).

⁸⁸ En democracias precarias –como Colombia-, esa discusión es aún más significativa, al menos por dos razones: (i) estos regímenes son usualmente muy vulnerables en términos políticos y económicos, lo cual significa que son propensos a enfrentar crisis graves, donde parecería necesario recurrir a los estados de excepción. (ii) A la vez, los peligros de abuso de los poderes de emergencia son mayores en estos países, debido precisamente a la precariedad del Estado de derecho. Por consiguiente, en estos regímenes, los estados de excepción parecen ser tanto más necesarios como más riesgosos que en las democracias consolidadas.

(...) Colombia ha vivido la mayor parte de su historia bajo los rigores de la violencia. Este pasado sangriento ha incidido tanto en su estructura institucional como en su cultura jurídica. (p. 538).

⁸⁹ En primer lugar, la Corte Suprema asumió que la declaratoria del estado de sitio era una cuestión política que no estaba sujeta a evaluación judicial, por lo cual ese tribunal ejerció un control puramente formal del decreto declaratorio: simplemente verificaba que estuviera firmado por el presidente y todos sus ministros, pero nunca discutió si la crisis era lo suficientemente grave como para justificar que el gobierno adquiriera los poderes de emergencia. (p. 545).

⁹⁰ Con todo, el cambio más importante fue la nueva jurisprudencia relativa al control del decreto que declara el estado de excepción. En efecto, desde su primera decisión al respecto (sentencia C-004 de 1992), la Corte Constitucional determinó que el decreto presidencial estaría sujeto no sólo a un control formal, sino también a un control material, en virtud del cual la Corte tenía que verificar si la crisis era lo suficientemente grave como para justificar la adopción de un estado de emergencia. (p. 547).

⁹¹ La sentencia C-004 de 1992 defendió un control material bastante estricto de la declaración de un estado de excepción, pues (i) exigió que el gobierno probara los hechos que invocaba, (ii) afirmó que éste tenía un margen de apreciación limitado para evaluar si esos hechos eran suficientemente graves para configurar una crisis y (iii) requirió que el gobierno dejara en claro que los instrumentos ordinarios de gobierno no eran suficientes para superar la crisis. (p. 548).

⁹² Así, en la sentencia C-802 de 2002, que avaló la declaración de estado de conmoción interior de Uribe, todos los magistrados adhirieron a la tesis del control material, aunque plantearon un estándar normativo menos estricto. (p. 553).

⁹³ El uso recurrente de la excepción ha impedido la configuración de un Estado de derecho pleno en Colombia. Sin embargo, dicho uso recurrente tampoco debe ser entendido como la instauración velada de un régimen militar. La excepción no ha impedido el funcionamiento relativamente normal de las instituciones de control del Estado, de la libertad de prensa y de la oposición política. Las limitaciones a los derechos instauradas a través de la excepción en Colombia distan mucho de aquéllas aplicadas por regímenes militares en el sur del continente durante los años setenta y ochenta. Es más, con frecuencia, las medidas de excepción que adoptan los países europeos contra el terrorismo parecen más restrictivas que las nuestras.

(...) El drama humanitario que vive Colombia es menos el producto de un poderoso Estado dictatorial, que de la incapacidad del Estado para defender a la población de la criminalidad en todas sus manifestaciones y del consecuente enfrentamiento de esa incapacidad a través de medidas autoritarias. (p. 554).

