



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

Vargas Hernández, Clara Inés

La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional"

Estudios Constitucionales, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 203-228

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010111>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA GARANTÍA DE LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LABOR DEL JUEZ CONSTITUCIONAL COLOMBIANO EN SEDE DE ACCIÓN DE TUTELA: EL LLAMADO “ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL”

Clara Inés Vargas Hernández (*)

RESUMEN

En este artículo se analiza la competencia de la Corte Constitucional de Colombia en materia de revisión de sentencias de acciones de tutela emitidas por la jurisdicción ordinaria, como asimismo, el desarrollo de la doctrina del Estado de cosas inconstitucional por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con el objeto de proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

Derecho Público. Derecho Constitucional. Derechos Fundamentales. Acción de tutela. Jurisdicción constitucional. Corte Constitucional.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales novedades que introdujo la Constitución colombiana de 1991 fue la acción de tutela, mecanismo cautelar, subsidiario, preferente, breve y sumario mediante el cual toda persona, por sí misma o por quien actúe en su nombre, puede reclamar ante los jueces la protección de sus derechos constitucionales

(*) Magistrada de la Corte Constitucional de Colombia.

Artículo recibido el 12 de septiembre de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 22 de septiembre de 2003.

Correo electrónico: Claraiv@corteconstitucional.ramajudicial.gov.co

fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respeto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política, la protección judicial consistirá en una orden, de inmediato cumplimiento, para que aquél respecto de quien se solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

A lo largo de poco más de una década, esta acción constitucional, extendida desde hace varios años en el constitucionalismo latinoamericano¹, ha tenido una notable acogida entre la ciudadanía debido al grave déficit que en materia de derechos fundamentales presentaba la Constitución de 1886. En efecto, la modesta Carta de Derechos que reconocía el anterior Texto Fundamental, que se hallaba enmarcada por lo demás en un modelo de Estado confesional que establecía una marcada separación entre éste y la sociedad civil donde el individuo, en palabras de Gaona Cruz era “*tratado como ciudadano y al mismo tiempo como feligrés*”², se encontraba garantizada por la acción pública de inconstitucionalidad, algunas acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el control automático de los decretos legislativos adoptados al amparo del estado de sitio, el cual, valga decirlo, fue de aplicación permanente durante varias décadas. No contaba por tanto la persona con un mecanismo cautelar ágil, expedito y sencillo para lograr la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales frente a la vulneración de que fueran objeto bien por la acción o la omisión de las autoridades públicas, bien por aquélla de los particulares.

Al establecer la Constitución de 1991 un modelo de Estado Social de Derecho, las relaciones entre las autoridades públicas y los ciudadanos se transformaron sustancialmente por cuanto el principio de dignidad humana y la garantía de los derechos fundamentales se erigieron en fines últimos de la organización estatal y en el fundamento y soporte de todo el ordenamiento jurídico.

¹ Ver al respecto, Fix-Zamudio, Héctor. 2001. “Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica” en **Derechos Humanos. Memorias del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional**, México, UNAM, pp. 3-26 y Merno Dirani, Valeria. 2000. “La aplicación de la acción de amparo en el Ecuador” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Argentina, Edit. Konrad Adenauer, pp., 634-664.

² Gaona Cruz, Manuel. 1988. **Estudios Constitucionales**. Tomo I, Bogotá, Edit. Ministerio de Justicia, p. 263.

Desde esta perspectiva, la acción de tutela ha contribuido desde entonces a paliar el déficit crónico de legitimidad que afecta a las instituciones democráticas colombianas, colmando vacíos de poder dejados por la inactividad o indiferencia de las autoridades públicas. De igual manera, la extensísima y original jurisprudencia constitucional sentada por la Corte en sede de acción de tutela ha contribuido a desarrollar diversas teorías sobre los derechos fundamentales en mi país, las cuales han irradiado prácticamente todos los ámbitos del derecho público y privado. Por último, aunque no menos importante, la acción de tutela ha contribuido a que los ciudadanos, en especial, aquellos que inveteradamente habían sido discriminados y marginados socialmente invoquen directamente los derechos fundamentales que la Carta Política les reconoce en las diversas esferas de sus actividades públicas y privadas.

Paradójicamente, esta revolución pacífica, liderada por la Corte Constitucional y apoyada por buena parte de la doctrina nacional³ y extranjera⁴, que además le ha valido a esta Corporación ser objeto de severas críticas provenientes de determinados sectores de la sociedad que alegan un enervamiento y un desbordamiento del *activismo judicial*, ha tenido lugar en un contexto de agravamiento del conflicto armado interno y agudización de la crisis que padece una economía capitalista periférica como la nuestra, dificultades que se manifiestan en un incremento de las desigualdades sociales, un aumento del desempleo, continuos recortes de los rubros presupuestales destinados a la inversión social y congelación de los salarios de la mayoría de los funcionarios públicos. Así pues para algunos, no familiarizados con la realidad colombiana, todo esto parecería un contrasentido.

Al respecto cabe señalar que la Corte Constitucional, lejos de vivir encerrada en una especie de “torre de marfil”, haciendo completa abstracción de esta compleja realidad social, ha realizado un importante esfuerzo argumentativo por ajustar los planteamientos de las diversas teorías de los derechos fundamentales, desarrolla-

³ Cepeda Espinosa, M.J. 1992. **La tutela: materiales y reflexiones sobre su significado**, Bogotá, Imprenta Nacional; Córdoba Triviño, J. 1993. **Guía práctica de la acción de tutela**, Medellín, Dike; J.M. Charry Urueña, 1992. **La acción de tutela**, Bogotá, Temis; Osuna Patiño, N. 1995. **Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia; Osuna Patiño, N. 1998. **Tutela y amparo: derechos protegidos**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, y A. Julio Estrada, 2000. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia,

⁴ González-Treviño Sánchez, P.J. y Martínez Hernández, E. 1992. “Los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución colombiana de 1991” en *Revista de Derecho Político*, núm. 35; Golg Martínez, J.M. 1992. “La protección de los derechos fundamentales en la nueva Constitución colombiana” en *Revista de Derecho Político*, núm. 36; Figueruelo, A. 1994. “Garantías para la protección de los derechos en la Constitución colombiana de 1991. Especial referencia a la acción de tutela”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84.

das después de la Segunda Guerra Mundial principalmente en Europa y en los Estados Unidos por los tribunales constitucionales y la doctrina⁵, a las angustiantes situaciones que día a día tiene que revisar los fallos proferidos por los jueces que conocen de las acciones de tutela. De allí que algunas reglas y subreglas constitucionales creadas para solucionar un caso concreto de amenaza o vulneración de los derechos fundamentales puedan no ajustarse del todo a los esquemas dogmáticos manejados por algunos autores del derecho constitucional contemporáneo, pero lo cierto es que responden a un compromiso ético del juez constitucional por no permanecer indiferente e inmóvil frente a diversas situaciones estructurales, que se interrelacionan entre sí lesionando de manera grave, permanente y continua numerosos derechos inherentes al ser humano.

En este contexto se inscribe el tema de mi ponencia que pretende ser un aporte al debate académico sobre el papel que está llamado a cumplir el juez constitucional como garante de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales en una sociedad democrática y pluralista, a partir de la experiencia colombiana adquirida con ocasión de la revisión de los fallos de tutela.

Desde esta perspectiva, el hilo conductor de mi disertación jurídica consiste en afirmar que si bien la acción de tutela fue concebida por los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 como un mecanismo procesal encaminado a garantizar la *dimensión subjetiva* de los derechos constitucionales fundamentales, y sin desconocer que la gran mayoría de los fallos de tutela han apuntado precisamente en esa dirección, el juez constitucional ha venido ampliando, mediante algunos pronunciamientos, este panorama a la *dimensión objetiva* de los mismos, merced a una figura que ha denominado “*estado de cosas inconstitucional*”. Mecanismo jurídico cuya configuración, como veremos, no ha dejado de ser controversial por cuanto revela la presencia de un juez constitucional mucho más activo socialmente, más comprometido con la búsqueda de soluciones profundas a los problemas estructurales que padece nuestro Estado y que repercuten en el disfrute cotidiano de los derechos fundamentales de los asociados. En definitiva, un juez constitucional que no se limita a impartir justicia para casos particulares mediante una sentencia que tiene efectos de cosa juzgada interpartes, sino que asume una verdadera dimensión de estadista, erigiéndose en un agente de cambio, adoptando decisiones de gran calado que trascienden la esfera de lo particular, cuya ejecución

⁵ Al respecto, baste citar los siguientes autores: Hesse, Konrad. 2001. “Significado de los derechos fundamentales” en **Manual de Derecho Constitucional**, Madrid, Marcial Pons; Pérez Luño, Antonio. 1984. **Los derechos fundamentales**, Madrid, Tecnos; Alexy, Robert. 1997. **Teoría de los derechos fundamentales**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales; Böckenforde, Ernst-Wolfgang. 1993. **Escritos sobre derechos fundamentales**, Auflage; Peces-Barba Martínez, Gregorio. 1995. **Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General**, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid; Rubio Llorente, Francisco. 1990. “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España” en *Claves*, núm. 75, y Borowski, Martín. 2003. **La estructura de los derechos fundamentales**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia,

compromete la actuación coordinada de diferentes autoridades públicas, y cuyo fin último es servir de catalizador a la actividad administrativa del Estado, a fin de modificar una realidad social intolerable y contraria a los principios que informan el Estado Social de Derecho.

II. LAS DIMENSIONES SUBJETIVA Y OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La función que están llamados a cumplir los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo ha sido objeto de numerosas polémicas entre diversos doctrinantes. Sin duda, siguiendo a Pérez Luño⁶, podemos afirmar que las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquellas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad.

En tal sentido, los derechos fundamentales han dejado de ser concebidos como meros límites al ejercicio del poder político para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos. De allí que la jurisprudencia constitucional y la doctrina hayan distinguido entre las doctrinas subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales.

La *dimensión subjetiva* de los derechos fundamentales consiste en considerar al individuo como titular de derechos que se erigen en garantías de su libertad individual frente a las acciones del Estado y de su entorno social, es decir, se trata de derechos subjetivos de defensa. Por el contrario, la *dimensión objetiva* parte de considerar a los derechos fundamentales como un orden objetivo de principios y valores que irradian todo el ordenamiento jurídico y que demandan del Estado emprender un conjunto de actividades administrativas y legislativas encaminadas a cumplir, en palabras de Robert Alexy⁷, con unos mandatos de optimización y con unos deberes de protección en materia de derechos fundamentales.

Böckenforde⁸ señala, de igual manera, que en su dimensión objetiva los derechos fundamentales constituyen *mandatos de acción* y deberes de protección en cabeza del Estado, de suerte tal que aquéllos, en tanto que decisiones axiológicas jurídico-objetivas, suministran una pautas de orientación y unos fines y objetivos a alcanzar mediante el ejercicio de las labores legislativa, ejecutiva y judicial.

⁶ Pérez Luño, Antonio. 1995. **Los derechos fundamentales**, Madrid, p. 19.

⁷ Alexy, Robert. 1997. **Teoría de los derechos fundamentales**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 437.

⁸ Böckenforde, Ernst-Wolfgang. 1993. **Escritos sobre derechos fundamentales**, Auflage, p. 114.

Al respecto, en el derecho comparado, resulta un lugar común citar el fallo Lüth del 15 de enero de 1958⁹ del Tribunal Federal Alemán como el punto de partida de la distinción entre las dimensiones subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales. En efecto, en dicha sentencia el Tribunal consideró que la Ley Fundamental había establecido un “orden objetivo de valores”, que emanaba de la dignidad humana, que irradiaba todo el ordenamiento jurídico y como tal imponía al legislador, la administración pública y los jueces el cumplimiento de unas directrices encaminadas a la garantía y respeto de los mismos.

En el derecho constitucional español la distinción entre las dos dimensiones de los derechos fundamentales figuró, por primera vez, en la sentencia STC-25/1981, en los siguientes términos:

*“...ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al mismo tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado Social de Derecho...”*¹⁰

Posteriormente, en la sentencia STC-172/1989, con ocasión de un recurso de amparo instaurado por un recluso contra la Administración Penitenciaria, por no haberle proporcionado un puesto de trabajo, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el contenido de las dos dimensiones de los derechos fundamentales.

El punto de partida fue el artículo 25.2 de la Constitución española el cual reconoce, junto al acceso a la cultura, un derecho al trabajo remunerado que abarca dos aspectos: la obligación de crear la organización prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo y el derecho de éstos a una actividad laboral retribuida o puesto de trabajo dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente.

En cuanto al primer aspecto, señaló el Tribunal Constitucional español lo siguiente:

“...existe, ciertamente un específico deber de la Administración Penitenciaria de crear y proporcionar los puestos de trabajo que permitan sus

⁹ Tribunal Federal Alemán, sentencia del 15 de enero de 1958 en el asunto Lüth.

¹⁰ Tribunal Constitucional español, sentencia del 14 de julio de 1981, STC-25/1981, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 11/1980, M.P. Antonio Truyol Sierra.

disponibilidades presupuestales, y un mandato, incluso al legislador, conforme al artículo 53.3 de la C.E., de que atienda a la necesidad de pleno empleo de la población reclusa, según las disponibilidades socioeconómicas y sin perder de vista, precisamente, la indicada finalidad reeducadora y de reinserción social, que por disposición constitucional, tiene la pena. Y desde el punto de vista subjetivo, de quien está cumpliendo la pena de prisión, es un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata”¹¹. (subrayado fuera de texto)

En lo que concierne al segundo aspecto, es decir, al derecho que le asiste al recluso a desarrollar una actividad laboral dentro de las condiciones en las que se encuentra, consideró el mencionado Tribunal lo siguiente:

“...debe reconocerse una situación jurídica plenamente identificable como un derecho fundamental del interno, con la doble condición de derecho subjetivo y elemento esencial del ordenamiento jurídico, exigible frente a la Administración Penitenciaria en las condiciones legalmente establecidas, tanto en vía jurisdiccional como, en su caso, en sede constitucional a través del recurso de amparo.”¹² (subrayado fuera de texto).

Con base en las anteriores consideraciones, estimó el Tribunal Constitucional español que, de conformidad con la *dimensión objetiva de los derechos fundamentales*, la Administración Penitenciaria debía superar gradualmente las situaciones de carencia o de imposibilidad de proporcionar a todos los internos un trabajo retribuido. De allí que, de conformidad con el artículo 77 de la LOGP, la única medida razonablemente exigible por vía de amparo consistía en “formular una propuesta a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias para que considere la necesidad de otorgar un puesto de trabajo a todos los internos en cumplimiento del mandato constitucional, al que debe dar respuesta la política penitenciaria y presupuestaria del Estado”. Por el contrario, con fundamento en la *dimensión subjetiva de los derechos al ser humano*, el Tribunal Constitucional consideró que “tendrá relevancia constitucional el amparo del derecho al trabajo del penado si se pretende un puesto de trabajo existente al que se tenga derecho dentro del orden de prelación establecido, que no puede ser objeto de una aplicación arbitraria o discriminatoria”.

¹¹ Tribunal Constitucional español, sentencia del 19 de octubre de 1989, STC-172/1989, recurso de amparo núm. 579/1987 interpuesto por José Luis Heredia Reyes contra la Administración Penitenciaria. M.P. Vicente Gímenez Sendra.

¹² *Ibíd.*, p. 4.

En los Estados Unidos, por su parte, el debate sobre el papel que está llamado a cumplir el juez constitucional frente a la protección objetiva de los derechos fundamentales ha tenido como escenario una aguda controversia doctrinal y jurisprudencial que surgió, desde finales de los años cincuenta, entre los defensores de la “*political question doctrine*” y aquellos partidarios de los “*structural remedies*”.

La “*political question doctrine*”, elaborada por la Corte Suprema de Justicia americana a lo largo de famosos casos como *Luther vs. Borden*¹³, *Baker vs. Carr*¹⁴, *Powell vs. McCormack*¹⁵ y *Alfred Dunhill of London Inc. vs. República de Cuba*¹⁶, se fundamenta en afirmar que al poder judicial no le está permitido inmiscuirse en asuntos que son de competencia exclusiva de las ramas legislativa y ejecutiva del poder público, de conformidad con una visión estricta del principio de separación de poderes. De allí que al juez constitucional le esté vedado tomar decisiones en asuntos de esa naturaleza y su labor se limite, en términos de la doctrina continental europea, a propender por la defensa de la *dimensión subjetiva* de los derechos fundamentales mediante un proceso judicial cuyas características esenciales, según Farber¹⁷, son las siguientes: 1) el caso parte de una violación individual a un derecho fundamental y por ende se pretende restaurar el *status quo*; 2) acuden al proceso unas partes concretas y determinadas; 3) se falla con base en precedentes y principios neutrales; 4) la sentencia tiene efectos interpartes; 5) una vez adoptado el fallo la Corte Suprema de Justicia pierde competencia para velar por su cumplimiento, el cual queda en manos de las Cortes Federales; 6) el juez es pasivo ante la situación general y 7) el fin último del proceso es reforzar el principio de sometimiento de la autoridad pública a la Constitución.

En contrapartida, la garantía de la *dimensión objetiva* de los derechos fundamentales la encontramos en los “*structural remedies*”, cuyo antecedente jurisprudencial data del famoso asunto *Brown II*, concerniente a la situación estructural de discriminación racial que se presentaba en las escuelas públicas americanas a comienzos de los años sesenta. Como lo sostiene Farber¹⁸, esta sentencia fue seguida de muchas más, como los casos *Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*¹⁹ y *Pitts vs. Cherry*²⁰, lo que condujo a que junto a las acciones proce-

¹³ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, asunto *Luther vs. Borden*, 1849.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, asunto *Baker vs. Carr*, 369 U.S., 186, 82 S.Ct. 7 (1962).

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, asunto *Powell vs. McCormack*, 395, U.S. 486 (1969)

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, asunto *Alfred Dunhill of London Inc. vs. República de Cuba*, 425 U.S. 682 (1976).

¹⁷ Farber, Daniel A. 1993. **Constitutional Law. Themes for the Constitution's third century**. Minnesota, West Publishing Co., p. 1107.

¹⁸ Farber, Daniel. Op.cit., p. 1108.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, asunto *Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402, U.S. 1, 91, S.Ct. 1267, (1971)

²⁰ Tribunal de Distrito Judicial de Georgia, asunto *Pitts vs. Cherry*, acción civil núm. 11946 (1968).

sales clásicas de defensa de los derechos fundamentales apareciesen otras cuyas características principales son las siguientes: 1) la acción procesal parte de la existencia de una violación sistemática de los derechos fundamentales de un grupo de personas y por ende la orden judicial apunta a modificar un *status quo* injusto; 2) el proceso judicial involucra a un conjunto importante de autoridades públicas; 3) los hechos expuestos guardan relación con políticas públicas; 4) la sentencia no tiene sólo efectos interpartes; 5) la Corte Suprema de Justicia conserva su competencia para vigilar el cumplimiento del fallo; 6) el juez constitucional no es neutral o pasivo ante la situación y 7) la finalidad del fallo judicial es garantizar la vigencia de unos principios constitucionales.

Esta breve aproximación al derecho comparado y a la doctrina americana y europea más autorizada en el tema, me lleva a afirmar que el debate teórico sobre la garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales termina apuntando a un problema sobre la labor que está llamado a cumplir el juez constitucional de cara al diseño de leyes y políticas públicas que se ajusten y optimicen los diversos contenidos de los derechos fundamentales en tanto que principios sobre los cuales se edifica el Estado Social de Derecho. En otros términos, partiendo de que los derechos fundamentales constituyen mandatos de optimización, las leyes que elabore el Congreso de la República y las políticas públicas que elabore y ejecute el Gobierno Nacional deben dirigirse a asegurar el pleno disfrute de los derechos fundamentales, ante lo cual el juez constitucional no puede permanecer neutral.

Con todo, se podría afirmar que, dada la configuración procesal que presenta el mecanismo judicial que aparece recogido en el artículo 86 de la Carta Política, y de conformidad con el principio de separación de poderes, la garantía objetiva de los derechos fundamentales escaparía a la órbita de protección del juez constitucional en sede de acción de tutela. En efecto, se trataría de un problema cuya solución estaría exclusivamente en manos del Congreso de la República y del Gobierno Nacional. No obstante, como pasaremos a explicar, la ausencia de políticas públicas claras y coherentes en varios aspectos de la vida pública nacional, o la presencia de insuficiencias graves o de contradicciones palpables entre las existentes, constituyen una situación de hecho que como tal termina lesionando de manera constante un amplio catálogo de derechos fundamentales de numerosas personas. Como respuesta a estas situaciones estructurales, el juez constitucional colombiano elaboró la figura del “estado de cosas inconstitucional”, a la cual ha apelado en algunos casos aunque, es pertinente aclarar que la inmensa mayoría de los procesos de tutela han sido resueltos exclusivamente en la clásica esfera de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales.

III. EL SURGIMIENTO DE LA FIGURA DEL “ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL” EN COLOMBIA

La aparición en Colombia de la figura jurídica del “estado de cosas inconstitucional” se halla en la sentencia SU-559 del 6 de noviembre de 1997, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

En cuanto a los hechos del caso, baste mencionar que un grupo de profesores de los municipios de María La Baja y Zambrano (Bolívar) instauraron acción de tutela contra sus respectivos burgomaestres, debido a que éstos habían omitido afiliarlos a alguna Caja o Fondo de Prestación Social, y por lo tanto, no habían recibido las respectivas prestaciones sociales en materia de salud, todo ello a pesar de que se les descontaba el 5% de su salario como aporte al pago de sus prestaciones.

El Alcalde de María La Baja reconoció que efectivamente los docentes del municipio no se encontraban afiliados a ningún fondo y que si la acción de tutela fuese procedente “no habría posibilidad de darle cumplimiento”. El Alcalde de Zambrano aceptó los mismos hechos, aclarando que estaba realizando los correspondientes trámites de afiliación de los accionantes.

De conformidad con los hechos expuestos, la Corte Constitucional hubiese podido limitarse, en el mejor de los casos, a declarar la vulneración de los derechos subjetivos de los accionantes debido a la omisión en la que incurrieron las autoridades públicas municipales, es decir, a explorar simplemente la *dimensión subjetiva* de aquéllos. No obstante, el juez constitucional consideró necesario ahondar en el problema de la *garantía objetiva* de los derechos fundamentales, es decir, en el fondo del problema, examinando las cifras sobre afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio junto a la inequitativa distribución del situado fiscal entre los departamentos y municipios del país, para concluir lo siguiente:

“De la lectura de este cuadro se deduce que el subsidio educativo que otorga la Nación a las entidades territoriales a través del situado fiscal - para el pago de los docentes oficiales - es distribuido de manera muy desigual. Ciertamente, mientras en algunos departamentos ese subsidio supera en más de diez veces la contribución que en punto al pago de los docentes deben hacer los municipios - como ocurre en Antioquia y Quindío -, en otros ese subsidio es superior en más de 7 veces - como en Santander, Boyacá, Caldas, Huila y Meta -, y en diferentes departamentos apenas excede el doble de lo que tienen que aportar los municipios para la remuneración de los educadores oficiales, como se presenta en Sucre, Nariño, Chocó, Córdoba y Cauca.

“Pero las diferencias más sobresalientes se dan en relación con el departamento de Bolívar, el único en el cual es mayor el número de docentes

pagados con recursos propios de los municipios que con recursos del situado fiscal. En efecto, mientras en Bolívar 4.304 educadores son pagados con dineros del situado fiscal y 4.807 con recursos propios de los municipios, en departamentos como Antioquia la relación es de 28.323 pagados por el situado fiscal contra 2.531 pagados por los municipios, en Meta de 3.623 contra 367, y en Quindío de 3.960 educadores remunerados con recursos del situado fiscal contra ninguno pagado con recursos propios de sus municipios.

“La conclusión salta a la vista: existen enormes diferencias entre los municipios del país en relación con la carga que deben soportar sus presupuestos para sufragar los gastos que les demanda el pago de los docentes. Las diferencias se explican, en primera instancia, porque la distribución entre los departamentos del subsidio educativo nacional, representado en el situado fiscal, se realiza en forma notoriamente desigual. Ello significa que los municipios de varios departamentos tienen que hacer un esfuerzo presupuestal mucho mayor que los de otros, en lo relacionado con la prestación del servicio educativo, puesto que ellos deben asumir una parte considerablemente importante del pago de sus docentes.”²¹.

A continuación, la Corte Constitucional entró a resolver el caso concreto para lo cual consideró que la situación planteada por los accionantes debía ser analizada desde una doble perspectiva:

“De una parte, se trata de un problema general que afecta a un número significativo de docentes en el país y cuyas causas se relacionan con la ejecución desordenada e irracional de la política educativa. De otra parte, la acción de tutela compromete a dos municipios que por falta de recursos no han dado cumplimiento efectivo a sus obligaciones frente a los educadores que han instaurado la acción de tutela.” (subrayado fuera de texto).²²

A continuación, el juez constitucional abordó un complejo problema procesal consistente en garantizar la vigencia de la *dimensión objetiva* de los derechos fundamentales de los educadores municipales mediante un instrumento jurídico que fue diseñado para amparar situaciones individuales y concretas. En efecto, los efectos de los fallos de tutela se limitan a las partes en el proceso.

²¹ Corte Constitucional, sentencia del 6 de noviembre de 1997, acción de tutela instaurada por Delfida Carrascal Sandoval y otros contra los Municipios de María La Baja y Zambrano (Bolívar). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²² *Ibidem*.

Detrás de esta dificultad de orden procesal subyace la discusión doctrinal acerca de entender los derechos fundamentales como simples derechos subjetivos, o ir más lejos y concebirlos de igual manera como principios constitucionales que imponen deberes de actuación a las autoridades públicas, lo que justificaría que el juez constitucional analizase, en sede de tutela, situaciones estructurales, y por esta vía, la eficiencia y eficacia de algunas políticas públicas. Este último fue el camino seleccionado por la Corte en su sentencia SU-559 de 1997, sirviéndose para tales efectos de una figura a la cual denominó el “estado de cosas inconstitucional”.

Como fundamento del “estado de cosas inconstitucional”, la Corte se apoyó en el artículo 113 de la Carta Política que consagra el deber de colaboración armónica entre las diversas ramas del poder público, en el sentido de que era obligación de esa Corporación notificarle a las demás autoridades públicas la existencia de una situación de hechos que vulneraba la Constitución. Como segunda justificación el juez constitucional apeló a un argumento de carácter económico en el sentido de que resultaba menos costoso para el presupuesto de la rama judicial hacer pronunciamientos que abarcasen múltiples situaciones semejantes que esperar a que cada ciudadano impetrase la correspondiente acción de tutela.

Que el juez constitucional considere que un determinado caso no se encuentra ante una simple vulneración o amenaza a un derecho fundamental sino que se trata de un “estado de cosas inconstitucional” conlleva importantes consecuencias de carácter procesal como pasa a explicarse.

En primer lugar, junto a la orden cautelar que emite la Corte Constitucional, destinada a proteger directamente los derechos fundamentales de los accionantes, el juez declara que existe una situación estructural que lesiona, de manera permanente, el ejercicio de los derechos fundamentales de un número amplio, y en ocasiones indeterminado, de personas que no instauraron la demanda. De tal suerte que, en estos casos, el juez constitucional no se limita a examinar los hechos de la demanda y la respuesta del accionado de manera aislada, sino que contextualiza el caso concreto inscribiéndolo en una situación de hecho mucho más amplia y estructural que es la causa profunda no sólo de una lesión particular y concreta a unos derechos inherentes a la persona, sino que se refleja en otros casos semejantes.

En segundo lugar, y en consonancia con lo anterior, el fallo de tutela presenta un efecto preventivo general como quiera que apunta a que las autoridades públicas corrijan la situación de hecho contraria a la Constitución dentro del marco de las funciones que a ellas atribuye la ley, en un término que sea *razonable*, en los términos de la parte resolutive de la sentencia SU-559 de 1997.

IV. INEFICIENCIA ADMINISTRATIVA PARA RESOLVER LOS DERECHOS DE PETICIÓN DE LOS JUBILADOS

Un “estado de cosas inconstitucional” puede tener como fuente la ineficiencia administrativa, en los términos de la sentencia T-068 de 1998, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero.

En cuanto a los hechos que motivaron la decisión judicial se tiene que los accionantes alegaban que la Caja Nacional de Previsión, Subdirección de Prestaciones Económicas les había vulnerado sus derechos a la igualdad, a la seguridad social y a la salud, toda vez que hasta la fecha no había resuelto las peticiones elevadas en relación con reliquidaciones, reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a la que creían tener derecho.

En su respuesta la Entidad demandada alegó que, de acuerdo con los datos con que contaba en 1993 existía un retraso en la resolución de cerca de 45.000 peticiones que tardarían entre 2 y 3 años para proferir el acto administrativo correspondiente.

La Corte consideró que la efectividad de los derechos fundamentales dependía de dos cualidades: la eficacia y la eficiencia administrativas. La primera se refiere al cumplimiento de las determinaciones adoptadas por la Administración; la segunda se vincula con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. Ambas cualidades permiten la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho. Con base en lo anterior consideró la Sala lo siguiente:

“...la administración necesita un apoyo logístico suficiente, una infraestructura adecuada, un personal calificado y la modernización de ciertos sectores que permitan suponer la transformación de un Estado predominantemente legislativo a un Estado administrativo de prestaciones”²³.

Estimó asimismo la Sala de Revisión que la situación de deficiencia administrativa que presentaba la Entidad demandada afectaba no sólo los derechos individuales de los pensionados sino que terminaba perjudicaba a todo el aparato jurisdiccional debido a la congestión que se generaba por las numerosas acciones de tutela que eran presentadas cada año por los mismos motivos. En apoyo a estas afirmaciones, la Sala trajo a colación un estudio publicado por el entonces Ministerio de

²³ Corte Constitucional, sentencia del 5 de marzo de 1998, acción de tutela instaurada por José Alirio Montoya y otros contra Cajanal, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Justicia y del Derecho titulado *“Incidencia social de la acción de tutela”*, realizado por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de los Andes, en el cual se afirma lo siguiente: *“Las entidades territoriales son los demandados más frecuentes (17.88%), principalmente las Alcaldías (9.82%). Les siguen en orden las entidades de previsión social (16.62%), dentro de las cuales se encuentra la entidad individual más demandada del país: la Caja Nacional de Previsión Social (8.06%). La gran mayoría de estas demandas buscan conminar a Cajanal a responder una petición”*.

Al respecto, agregó la Sala que la misma Entidad demandada, durante los años 1995, 1996 y 1997 se instauraron cerca de 14.086 acciones de tutela contra la Caja Nacional de Previsión, y si se realiza un cotejo con la totalidad de los expedientes de tutela que se remitieron esos años para su eventual revisión (cerca de 94.000), se observaba que cerca del 16% de todos los procesos se dirigieron contra esa misma Entidad *“Esto significa que existe un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa”*.

Con base en las anteriores afirmaciones, en la parte resolutive del fallo de tutela se ampararon los derechos fundamentales de los accionantes, y adicionalmente se le ordenó a la Caja Nacional de Previsión que *“dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de esta sentencia corrija en la práctica, dentro de los parámetros legales, las fallas de organización y procedimiento que afectan la pronta resolución de solicitudes de reconocimiento y reliquidación de pensiones y se adecuen las relaciones laborales, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta providencia”*.

Adicionalmente se ordenó comunicarle la sentencia al Procurador General de la Nación a fin de que vigilara el cumplimiento de la misma y el ejercicio diligente y eficiente de las funciones de reconocimiento y reliquidación de pensiones de jubilación que fueron encomendadas a Cajanal. De igual manera se ordenó rendir la misma comunicación al Contralor General de la República para que vigilase la eficiencia y diligencia con la que obraba la accionada en el cumplimiento de sus funciones de reliquidación y reconocimiento de pensiones de jubilación.

Este fallo de tutela es importante por cuanto apunta a una garantía objetiva de los derechos fundamentales mediante la figura del *“estado de cosas inconstitucional”*, sin olvidar por supuesto su dimensión subjetiva, con apoyo no ya en inequidades emanadas de la puesta en marcha de políticas públicas, como sucedía en la sentencia SU-559 de 1997 con la política pública de educación, sino que su fuente se encuentra en la ineficiencia e ineficacia administrativas. Tienen en común, eso sí, que se trata de problemas estructurales, en ocasiones crónicos, que perjudican el disfrute pleno de los derechos fundamentales de un número a veces indeterminado de personas, y ante los cuales, como se afirma en la sentencia de tutela en comento *“el juez constitucional no puede ser indiferente”*.

Por último, cabe destacar que la parte motiva de la sentencia T-068 de 1998 resulta ser mucho más amplia, precisa y sobretodo vinculante, que aquella de la SU-559 de 1997. En efecto, en este caso el juez constitucional dirigió órdenes mucho más concretas a la Entidad demandada; no se limitó a fijarle un “*plazo razonable*” para el cumplimiento de lo ordenado, lo cual no deja de ser un concepto jurídico indeterminado y por ende propenso a ser entendido de manera extremadamente laxa, sino que le estipuló directamente uno de seis meses; de igual manera, impuso deberes concretos a diversas autoridades públicas a fin de verificar el cumplimiento del fallo. En definitiva, este fallo avanzó en el diseño de una garantía para la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, por vía de la declaratoria del “estado de cosas inconstitucional” realizada en un fallo de tutela, sin detenerse a argumentar sobre las diversas justificaciones constitucionales que puede tener la figura, lo cual se da por supuesto, y sin ahondar en el estudio del problema de los tradicionales efectos interpartes de las sentencias de tutela.

V. EL “ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL” EN LOS CENTROS DE RECLUSIÓN DEL PAÍS

Uno de los fallos más importantes proferidos por la Corte Constitucional colombiana declarando un “estado de cosas inconstitucional”, lo constituye la sentencia T-153 del 28 de abril de 1998, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, sobre los centros de reclusión del país.

Los hechos que justificaron la interposición de las acciones de tutela se refieren a las condiciones de hacinamiento que se presentan en las Cárceles Nacionales Modelo de Bogotá y Bellavista de Medellín, situación que, como lo constató la Corte por medio de documentos y estudios, es generalizada en Colombia, ya que “*si el problema se redujera a estos dos reclusorios podría pensarse en solucionarlo con base en algunas órdenes de traslado de internos*”.

A lo largo de su providencia, la Sala de Revisión examinó las que considera causas *estructurales* del hacinamiento carcelario en el país: 1) la expedición de distintas normas penales destinadas a sancionar con mayor rigidez un conjunto de conductas delictivas; 2) los delitos de conocimiento de la que fue denominada “justicia regional”, es decir, una jurisdicción especial encaminada a combatir los delitos relacionados con la alteración del orden público, se caracterizaron por tener como medida de aseguramiento únicamente la detención privativa, la cual no podía ser ni suspendida ni convertida en detención domiciliaria; 3) las fallas que presenta la infraestructura carcelaria y 4) distintas irregularidades en materia de contratación administrativa en el INPEC.

Una vez determinadas las causas estructurales del hacinamiento carcelario, entró la Sala de Revisión a examinar algunos de los efectos jurídicos y prácticos que

generaban esta situación: 1) se desvirtúan por completo los fines del tratamiento penitenciario; 2) la sobrepoblación carcelaria impide la separación de los internos por categorías, en especial, entre sindicados y condenados, así como personas que pertenecieron a la fuerza pública e indígenas y 3) el Estado colombiano está violando sus compromisos internacionales en materia de condiciones de reclusión, readaptación de los penados y carácter especial de la detención preventiva.

A continuación la Corte Constitucional señaló la “existencia notoria de un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario”, criticando la ausencia de políticas públicas coherentes en la materia ya que “Del análisis histórico surge la conclusión de que la actitud del Estado ante estas situaciones es siempre reactiva, es decir que solamente ha actuado en este campo cuando se encuentra en presencia de circunstancias explosivas, como la actual. En esas circunstancias ha recurrido tanto a la despenalización o la rebaja de penas, como a la construcción apurada de centros de reclusión”. A renglón seguido, esta Corporación estableció un claro vínculo de conexidad material entre el diseño de las políticas públicas en materia carcelaria, el principio de las mayorías, y lo que es más importante, el papel que en todo está llamado a cumplir el juez constitucional como actor social:

“La actitud de los gestores de las políticas públicas frente al problema de las cárceles obedece a la lógica del principio de las mayorías, que gobierna los regímenes democráticos. Los reclusos son personas marginadas por la sociedad. El mismo hecho de que sean confinados en establecimientos especiales, difícilmente accesibles, hace gráfica la condición de extrañamiento de los presos. En estas condiciones, los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz. Por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana.

“La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos. Por esta razón, la Corte Constitucional está llamada a actuar en ocasiones como la presente, llamando la atención sobre el estado de cosas inconstitucional que se presenta en el sistema penitenciario colombiano y que exige la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas²⁴. (negrilla y subrayado fuera de texto).

²⁴ Corte Constitucional, sentencia del 28 de abril de 1998, acción de tutela instaurada por Manuel José Duque contra el INPEC. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Con fundamento en el examen que la Corte Constitucional realizó sobre la situación de las cárceles del país, y apoyándose en la figura del “estado de cosas inconstitucional”, el juez constitucional concedió el amparo solicitado por los accionantes y dirigió un conjunto de órdenes perentorias a diversas autoridades públicas de los órdenes nacional, departamental y municipal, así como a los organismos de control, en aras que vigilasen el cumplimiento del fallo.

Con el propósito de cumplir lo ordenado por la Corte Constitucional, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, presentó el 24 de junio de 1998, para el correspondiente estudio de viabilidad, al Jefe de la Unidad de Justicia del Departamento Nacional de Planeación, el “Programa General de Modernización, Construcción y Refacción Carcelaria”.

Posteriormente, mediante decreto 1890 del 28 de septiembre de 1999, el Gobierno Nacional creó el Fondo de Infraestructura Carcelaria FIC, organismo adscrito al entonces Ministerio de Justicia y del Derecho, con el propósito de que asumiese las funciones desarrolladas por el INPEC en lo relativo a la infraestructura carcelaria.

Al iniciar funciones el FIC, recibió traslado presupuestal de las partidas del INPEC destinadas para la construcción y refacción de cárceles, el cual ascendía a \$22.899 millones de pesos y procedió a elaborar el “Plan de Ampliación de la Infraestructura Penitenciaria y Carcelaria del Orden Nacional”, que conservó algunos de los proyectos que adelantaba el INPEC.

Por su parte, el Departamento Nacional de Planeación, por intermedio de su División de Justicia y Seguridad, desarrolló varias actividades en dos frentes:

1. Propuso la reforma del Ministerio de Justicia con el objeto de crear un ente técnicamente fortalecido, capacitado y especializado en las labores de identificación, formulación y ejecución de proyectos de infraestructura carcelaria. Dicha propuesta se incorporó al proceso de elaboración del Plan Nacional de Desarrollo, durante el cual el DNP en cumplimiento de la sentencia T-153 de 1998, coordinó las acciones del Gobierno Nacional, la Rama Judicial y el Congreso de la República, que finalizaron con la creación del FIC.

2. Paralelamente, el DNP realizó estudios para la elaboración, tanto del diagnóstico y las correspondientes propuestas para superar la crisis del sistema carcelario y penitenciario, como para presentar los derroteros de una política pública sobre el tema al Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES.

Como resultado de los anteriores procesos, en Diciembre de 1999 el entonces Ministerio de Justicia y del Derecho y el FIC dieron a conocer un documento titulado

“Plan Estratégico 2000-2002”, el cual hace énfasis en inversión para estructura nueva. Dicho plan, junto con el diagnóstico sobre el sistema carcelario constituyeron la base del documento CONPES 3086, aprobado el 14 de julio de 2000 sobre “Ampliación de la Infraestructura Penitenciaria y Carcelaria”.

Al respecto cabe señalar que en su “Informe sobre el cumplimiento de la tutela T-153 de abril 28 de 1998”, presentado por la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo durante el mes de julio de 2002, se hizo el siguiente balance del cumplimiento del fallo de la Corte:

“La Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, previo ejercicio continuo de verificación y control, consideran que las entidades a las cuales la Corte Constitucional les atribuyó responsabilidades directas para el cumplimiento del fallo de tutela 153/98, (ordinal tercero), cumplieron a cabalidad con el mandato impartido, el cual debe entenderse en las dimensiones de espacio y tiempo a las que se refiere la sentencia.

“Así mismo, el Ministerio Público reitera la necesidad de continuar con la modernización y cualificación del sector carcelario, iniciado a partir del mandato de la aludida sentencia, el cual debe ser nutrido de los recursos logísticos, económicos y humanos necesarios”.

A mi juicio, la sentencia T-153 de 1998 constituye uno de los fallos más elaborados en cuanto a la garantía objetiva de los derechos fundamentales por vía de la acción de tutela. Sin duda, el juez constitucional no se limitó a examinar la situación concreta en la que se hallaban los reclusos accionantes sino que inscribió el caso *sub judice* en un complejo problema estructural y social como lo es la crisis del sistema carcelario y penitenciario colombiano. En tal sentido, se preocupó por buscar las causas profundas de la problemática, examinó las repercusiones de la misma en el disfrute de los derechos fundamentales, estudio las carencias e incoherencias de las que por años han adolecido las políticas públicas diseñadas y ejecutadas en la materia, y finalmente impartió un conjunto de órdenes perentorias a diversas autoridades públicas concernidas con la crisis del sector, asegurándose de dejar establecidos algunos controles al cumplimiento de la sentencia.

En cuanto a la configuración como tal de la figura del “estado de cosas inconstitucional”, la sentencia T-153 de 1998 se apoyó, en esencia, en las consideraciones vertidas en las providencias SU-559 de 1997 y T-068 de 1998. Sin embargo, conviene señalar que, para los anteriores efectos y por primera vez, el juez constitucional recurrió a algunos tratados internacionales sobre derechos humanos, así como a algunos documentos internacionales que consagran obligaciones en cuanto a medidas privativas de la libertad y tratamiento de los reclusos, las cuales carecen de la fuerza jurídica vinculante de un tratado internacional; son simplemente en términos

de la doctrina anglosajona *soft law*²⁵, es decir, disposiciones flexibles, adoptadas en el seno de organizaciones internacionales, a veces por amplias mayorías, que constituyen sobre todo directivas de comportamiento dirigidas a los Estados, más que obligaciones estrictamente de resultado. Este es precisamente el caso de las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de la Libertad” o “Reglas de Tokio”, adoptadas mediante la resolución 45/110 de la Asamblea General del 14 de diciembre de 1990.

En suma, a pesar de que actualmente la situación carcelaria en Colombia dista mucho de acercarse al ideal, las órdenes impartidas por la Corte Constitucional tuvieron un importante efecto en el funcionamiento de las entidades públicas vinculadas con esta problemática en el país.

VI. LA NO CONVOCATORIA A CONCURSO EN EL CASO DE LOS NOTARIOS PÚBLICOS

En la sentencia SU-258 del 26 de mayo de 1998²⁶ la Corte Constitucional declaró la existencia de un “estado de cosas abiertamente inconstitucional” por cuanto a pesar de que el inciso segundo del artículo 131 de la Carta Política establece que “El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso” hasta esa fecha éste jamás se había realizado.

Más allá de lo complejo que resulta ser el régimen de los notarios en Colombia, cabe señalar que este asunto el juez constitucional consideró que por mandato del artículo 113 superior los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines. Dentro de este contexto, señaló el juez constitucional, “adquiere importancia la calificación que judicialmente se haga de la existencia de un estado de cosas inconstitucional, puesto que ello implica la necesidad de dar órdenes para que cese ese estado de cosas inconstitucional, y así se hará en la presente sentencia”. Mandatos judiciales que básicamente consistieron en ordenarle al Superintendente de Notariado y Registro y al Consejo Superior de la Administración de Justicia, que en término de seis meses procedieran a convocar concursos abiertos para notarios.

En cumplimiento de la mencionada orden, el Consejo Superior encargado de administrar la carrera y los concursos notariales, según lo dispuesto en el artículo 164 del Decreto 960 de 1970, mediante Acuerdo 001 del 18 de diciembre de 1998, convocó a un concurso abierto para designar notarios en propiedad en los círculos notariales de primera, segunda y tercera categoría de todo el país.

²⁵ Shaw, M.N. 1997. *International law*, Cambridge, CUP, p. 120.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia del 26 de mayo de 1998, acción de tutela instaurada por María Duque de Valencia contra el Ministerio de Justicia y del Derecho. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

La eficacia de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en este asunto fue cuestionada sin embargo dos años después por algunos accionantes en sede tutela quienes alegaron que la determinación del Consejo Superior de la Carrera Notarial de no convocar a concurso a todas las notarías del país cuyos titulares ejercen el cargo en propiedad, pero sin haber participado en un concurso público, resultaba ser contraria al principio de igualdad, pues no *“existe razón válida que justifique que algunos notarios que vienen ejerciendo la función notarial en propiedad pero sin haber participado en concurso público, se les reconozca el derecho a continuar en la carrera notarial, cuando la norma constitucional es clara al establecer que el nombramiento de notarios en propiedad sólo puede hacerse mediante concurso (sentencias SU-250/98 y C-647/00)”*.

En la sentencia T-1695 del 7 de diciembre de 2000²⁷, la Corte Constitucional encontró justificados los argumentos de los accionantes y consideró que si bien se habían tomado algunas medidas encaminadas al cumplimiento de su fallo, continuaba existiendo un *“estado de cosas inconstitucional”* al no haberse puesto en funcionamiento la carrera notarial que incluyese todas las plazas de notario existentes en el país. De allí que en la parte resolutive del fallo se le hubiese ordenado al Consejo Superior de la Carrera Notarial, en cabeza de su presidente, el Ministro de Justicia y del Derecho, que a más tardar en un término máximo de tres (3) meses contados a partir de la notificación del fallo se modificaran las bases del concurso convocado por el Consejo Superior en el Acuerdo 1 de 1998, para la provisión del cargo de notario público en propiedad en todo el territorio nacional.

VII. LA SITUACIÓN DE LOS DEFENSORES DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Corte Constitucional en su sentencia T-590 del 20 de octubre de 1998 declaró que en Colombia existía un *“estado de cosas inconstitucional”* en la falta de protección de los defensores de los derechos humanos.

En lo que se refiere a los hechos que motivaron este pronunciamiento judicial, es pertinente señalar que el accionante se encontraba privado de la libertad en la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá, por el presunto delito de rebelión. Antes de ser detenido, el peticionario había sido una persona muy activa en la defensa de los derechos humanos, ocupando inclusive la presidencia de una Organización no Gubernamental. En desarrollo de sus labores participó en investigaciones y denuncias por masacres como la de Los Uvos (en el Departamento del Cauca) y Trujillo (Valle). Algunas de las personas que habían sido denunciadas por el accionante se encontraban recluidas en el pabellón de alta seguridad de la cárcel Modelo. La Oficina del

²⁷ Corte Constitucional, sentencia del 7 de diciembre de 2000, acción de tutela instaurada por Rafael Meza Acosta y otros contra el Consejo Superior de la Carrera Notarial. M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Colombia había solicitado en varias oportunidades a las autoridades carcelarias el traslado del peticionario, sin que éste se hubiese producido.

La Sala de Revisión examinó la labor que desarrollaban las Organizaciones no Gubernamentales en Colombia, así como los peligros y riesgos que constantemente corren sus integrantes debido a su labor de denuncia de las violaciones de los derechos humanos.

A continuación, la Corte examinó la respuesta institucional a la situación de riesgo que viven los defensores de los derechos humanos en Colombia. En tal sentido se hizo especial mención a la Directiva Presidencial núm. 11 del 22 de julio de 1997, documento en el cual se reconoce que la actividad de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos contribuyen a la defensa y desarrollo de la democracia en el país y ordena a los funcionarios públicos abstenerse de formular declaraciones que constituyan cualquier forma de amenaza u hostigamiento contra los integrantes de las mismas. Con todo, consideró el juez constitucional que los ataques contra los defensores de los derechos humanos no habían cesado en el país, que existían conductas omisivas del Estado en cuanto a la protección debida a aquéllos constituyéndose “una situación abiertamente inconstitucional, a la cual el juez constitucional no puede ser indiferente”.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales del accionante ordenándole al INPEC su traslado a una de las casas fiscales de la institución carcelaria, y asimismo declaró que se presentaba un “estado de cosas inconstitucional” en la falta de protección de los defensores de los derechos humanos, y en consecuencia, hizo un llamado a prevención “a todas las autoridades de la República para que cese tal situación y, solicitar al Procurador General de la Nación y al Defensor del Pueblo que dentro de la obligación constitucional de guardar, proteger y promover los derechos humanos se le de un especial favorecimiento a la protección de la vida de los defensores de los derechos humanos”²⁸.

VIII. LA MORA REITERADA EN EL PAGO DE MESADAS PENSIONALES A LOS JUBILADOS

Un estado de cosas contrario a la Constitución puede tener su origen en el desconocimiento grave y sistemático de los derechos de los jubilados a recibir cumplidamente sus mesadas pensionales a cargo de una entidad territorial. Esta situación fue analizada en la sentencia T-525 del 23 de julio de 1999, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia del 20 de octubre de 1998, acción de tutela instaurada por Pedro Mahecha contra el INPEC. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

En lo que atañe a los hechos, cabe señalar que los actores eran pensionados del Departamento de Bolívar. Sus mesadas pensionales les habían sido pagadas puntualmente hasta el mes de julio de 1998, fecha a partir de la cual, y hasta la interposición de las acciones de tutela, no se había realizado pago alguno.

El Gobernador de Bolívar alegó en su defensa que no había podido pagar las mesadas reclamadas, en razón de la pignoración de las rentas de la entidad territorial como consecuencia de las deudas contraídas con anteriores administraciones y que se estaban gestionando algunos créditos con entidades financieras a fin de lograr el cumplimiento de sus deberes para con los pensionados.

Luego de realizar algunas consideraciones sobre el contenido de los derechos fundamentales de los pensionados, la Corte entró a examinar el “estado de cosas violatorio de la Constitución” que se presentaba por el impago de las mesadas a los jubilados, en los siguientes términos:

“De acuerdo con el principio de separación de funciones previsto en el artículo 113 C.P. no es tarea de los jueces instar a las demás funcionarios públicos, y menos a las autoridades, al cumplimiento de los deberes previstos en el ordenamiento. Sin embargo, se ha venido convirtiendo en una peligrosa costumbre la omisión por parte de la Administración Pública de sus funciones más elementales, lo que ha llevado a que los despachos judiciales resulten congestionados de negocios que sólo persiguen hacer respetar el principio de legalidad por parte de los servidores públicos (Cf. artículo 6 C.P.)”²⁹

A continuación la Sala de Revisión llamó la atención sobre el hecho que sobre el mismo punto ya se habían producido numerosas sentencias de tutela, sin que la situación hubiese mejorado en la entidad territorial. En palabras del juez constitucional “nos encontramos ante una cascada de acciones de tutela producto de una recurrente omisión por parte de las autoridades competentes respecto de la apropiación oportuna de las sumas destinadas al pago de las obligaciones laborales frente a sus pensionados”.

Acto seguido, el juez constitucional argumentó que no desconocía la situación de déficit financiero permanente que padecía la entidad territorial accionada, a punto de tener parte de sus rentas embargadas y estar realizando gestiones ante el Gobierno Nacional para obtener los recursos que le permitan atender sus obligaciones laborales. No obstante, por tratarse de medidas económicas a largo plazo, se imponía una respuesta inmediata del Estado ante la vulneración grave y contumaz de las condiciones de subsistencia de los actores.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia del 23 de julio de 1999, acción de tutela instaurada por Luisa del Carmen Anaya y otros contra el Departamento de Bolívar. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales de los accionantes y declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en los siguientes términos:

“DECLÁRESE que el estado de cosas que originó la acción de tutela objeto de revisión es contrario a la Constitución, en consecuencia por Secretaría General de la Corte Constitucional deberá comunicarse la presente providencia a los miembros de la Asamblea Departamental de Bolívar, para que, en asocio con el Gobernador y de conformidad con las competencias respectivas, tomen dentro del período de sesiones ordinarias correspondientes al segundo semestre de 1999 las medidas que sean necesarias en orden a corregir dentro de los parámetros constitucionales y legales, la falta de previsión presupuestal que afecta la puntual cancelación de las mesadas pensionales de los ex empleados del Departamento demandado, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia”³⁰.

Este fallo de tutela merece ser objeto de algunos comentarios. De conformidad con la práctica y terminología empleada por la Corte Constitucional fue manejado, en principio, como un “fallo de reiteración”, es decir, una decisión judicial que no ofrecía dificultad teórica alguna y por ende se trataba simplemente de corregir providencias judiciales equivocadas de jueces de tutela instancia. Sin embargo, al percatarse el juez constitucional que no se trataba de un caso aislado de violación de un derecho fundamental sino que éste hacía parte de un amplio grupo de situaciones de hecho muy semejantes que habían sido con anterioridad decididas de fondo por la Corte, y que a pesar de ello la entidad accionada no había tomado las medidas necesarias y efectivas para conjurar el impago de las mesadas de los pensionados, decidió no adoptar un simple fallo de reiteración, el cual hubiese pasado a engrosar la lista de los ya existentes en la materia, para optar por la figura de la declaratoria del “estado de cosas inconstitucional” como instrumento judicial encaminado a poner fin a una situación estructural violatoria de los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, la declaratoria del “estado de cosas inconstitucional” pretende erigirse en un mecanismo judicial de alcance e impacto sociales mucho más sentidos que los fallos de reiteración. De igual manera, busca ser más efectivo que la clásica acumulación de procesos individuales de tutela; y asimismo, pretende, en últimas, descongestionar la administración de justicia atacando las causas profundas de las violaciones a los derechos fundamentales: ineficacia e ineficiencia administrativas, disfuncionalidades de determinados sistemas (vgr. carcelario y penitenciario, de seguridad social, etcétera), falta de planeación de las entidades territoriales, indiferencia del Estado frente a grupos de personas amenazadas, entre otras. Problemas todos ellos que si bien pertenecen a la *dimensión objetiva* de los derechos fundamentales

³⁰ *Ibidem*.

terminan lesionando día a día el disfrute de los derechos subjetivos de la persona, es decir, la *dimensión subjetiva* de los mismos, y cuya solución depende de la puesta en marcha de acciones de Estado a largo plazo y debidamente coordinadas entre entidades de decisión política (vgr. Congreso de la República, Asambleas Departamentales, etc.) junto a aquellas de carácter administrativo.

Otro aspecto destacable de la sentencia T-525 de 1999 consiste en que para el juez constitucional la declaratoria del “estado de cosas inconstitucional” no termina siendo otra cosa que un llamado a las autoridades públicas para que cumplan con sus deberes constitucionales. En otros términos, no se les está exigiendo nada distinto a que ejecuten unos mandatos constitucionales.

Merece la pena asimismo destacar que la figura del “estado de cosas inconstitucional” para situaciones de mora en el pago de mesadas pensionales a los jubilados fue recogida por la Corte en la sentencia T-606 de 1999³¹, en un caso muy semejante al analizado. En efecto, se trataba de unos pensionados a cargo del municipio de Montería, entidad territorial que desde septiembre de 1998 hasta la fecha de interposición de las acciones de tutela no les había cancelado sus mesadas pensionales ni las primas correspondientes.

A diferencia de las sentencias que hasta el momento se han analizado, en esta se presentó un duro salvamento de voto, encaminado no a negar la procedencia de la acción de tutela sino en el sentido de que no se compartían algunas de las órdenes adoptadas por la mayoría de la Sala. Entre otras razones, el Magistrado disidente señalaba lo siguiente:

“Sostengo que mientras la virtual bancarrota de muchos municipios y departamentos - causa última de las violaciones de los derechos fundamentales - no se enfrente con los instrumentos adecuados, las órdenes de los jueces de tutela de efectuar pagos dentro de términos que a la luz de las circunstancias resultan irreales o imposibles de cumplir, lejos de resolver un estado de cosas inconstitucional, termina por agravarlo. Esto obliga al juez constitucional a ponderar con más cuidado las instrucciones de restablecimiento que se deban impartir, de modo que consulten las posibilidades reales de los fiscos y las personales de los afectados, que no son siempre semejantes ni comprometen en igual extensión el mínimo vital. De este modo, por ejemplo, los medios disponibles para el pago, podrían aplicarse a satisfacer las acreencias de los más necesitados, graduando la escala de los pagos, por lo menos temporalmente mientras se soluciona de fondo el problema, como por lo demás debe hacerse.”³²

³¹ Corte Constitucional, sentencia del 19 de agosto de 1999, acción de tutela instaurada por Nieves Avilez y otros contra el Municipio de Montería. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

³² *Ibidem*.

El anterior extracto jurisprudencial evidencia que la construcción jurisprudencial de la figura del “estado de cosas inconstitucional” no ha sido del todo pacífica en Colombia. Sin duda, se trata de un mecanismo judicial que no deja de ser fuente de polémica por cuanto se apoya en una labor particularmente activa del juez constitucional en asuntos económicos y frente a crisis fiscales estructurales que padecen muchas entidades públicas en el país, situación que ha llevado a algunas de ellas a entrar en procesos de reestructuración de sus deudas.

IX. CONCLUSIONES

Primera. En Colombia, la declaratoria del “estado de cosas inconstitucional” ha sido una técnica diseñada por el juez constitucional encaminada a garantizar la *dimensión objetiva* de los derechos inherentes al ser humano. Se trata de una figura jurisprudencial en construcción, objeto de debate académico por cuanto revela la existencia de un juez particularmente crítico con el funcionamiento de la administración pública; en el diseño, ejecución y ausencia de verdaderos controles de resultado sobre determinadas políticas públicas, lo que en la práctica se traduce en desconocimientos sistemáticos de los derechos fundamentales de los asociados.

Segunda. El debate sobre el “estado de cosas inconstitucional” que se ha dado en mi país, se ha presentado asimismo en otros contextos históricos, políticos, económicos y sociales, pero lo cierto es que, más allá de las denominaciones particulares que aquél haya recibido, del manejo procesal que se le haya dado y, en últimas, de las marcadas diferencias existentes entre los diversos sistemas judiciales nacionales, subyace la misma discusión y preocupación en torno a cuál debe ser el verdadero papel que está llamado a cumplir el juez constitucional en un Estado Social de Derecho. Discusión que, a mi juicio, no se agota en el entendimiento del contenido y alcance del principio liberal clásico de la separación de poderes públicos sino que trasciende al plano de lo axiológico, de la garantía efectiva ciertos principios que informan una sociedad pluralista y democrática.

Tercera. Desde una aproximación estrictamente de derecho procesal constitucional, no se puede negar que la figura del “estado de cosas inconstitucional” rompe con los esquemas tradicionales de los efectos interpartes que caracterizan a la acción de tutela. No obstante, los fines que persigue esta técnica judicial, aunado a la prevalencia de lo sustancial sobre lo instrumental, justifican estas excepciones a la regla que por lo demás, dado el escaso número de fallos en los cuales se ha aplicado, terminan confirmando la vigencia de la misma.

Cuarta. Si se toma en cuenta el elevadísimo número de fallos de tutela que la Corte Constitucional ha adoptado a lo largo de más de diez años, se podrá notar que las sentencias en las cuales ha sido declarado un “estado de cosas inconstitucional” resulta ser extremadamente bajo. No es de extrañar por cuanto, se insiste,

se trata de un mecanismo controversial, que genera resistencias en determinados operadores jurídicos. Además, quizá el recurso continuo al mismo hubiese terminado por reducir el impacto social de esta variedad de fallos judiciales, es decir, de causar una situación aún más caótica en el funcionamiento ordinario de determinadas instancias estatales, en especial, en las entidades territoriales.

Quinta. En la práctica no resulta sencillo establecer el grado de cumplimiento que han tenido los fallos mediante los cuales se ha declarado un *estado de cosas inconstitucional*. Determinar, por ejemplo, hasta dónde una ley o un acto administrativo con efectos generales o particulares fue adoptado en ejecución de una providencia judicial de esta naturaleza, o incluso, si el mismo tuvo incidencia o no en la elaboración y puesta en marcha de una política pública determinada, no resulta ser una tarea fácil, por cuanto, muchas veces el autor del mismo no lo explicita en el contenido del acto normativo. De hecho, en la mayoría de los casos la Corte Constitucional, en aras a lograr un mayor acatamiento de sus mandatos, le ha ordenado a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo hacerle un seguimiento al mismo, y en algunos eventos, se logra percibir un ligero mejoramiento en la situación que motivó la acción de tutela (vgr. Sistema carcelario), sin que realmente se pueda hablar de un *“hecho superado”*.

Sexta. El recurso a la técnica jurídica del *“estado de cosas inconstitucional”* constituye el último mecanismo empleado por el juez constitucional colombiano cuando quiera que los *“fallos de reiteración”*, e incluso la *“acumulación de expedientes”* no han logrado su cometido. En efecto, ha habido casos en donde, por tratarse de los mismos hechos y derechos lesionados la Corte Constitucional ha decidido acumular las demandas y adoptar un fallo que condene a un número elevado de personas. A pesar de lo anterior, el accionando continúa incumpliendo la orden judicial, por cuanto se trata no de un problema coyuntural sino sistémico o estructural, cuya solución demanda la adopción y ejecución de medidas administrativas y financieras de hondo calado. Algo semejante ha ocurrido en el caso de los fallos de reiteración.

Séptima. A mi juicio, el juez constitucional debe acudir a la técnica del *“estado de cosas inconstitucional”* de manera razonable, a fin de garantizar el clásico principio del Estado Liberal de derecho de la separación de poderes, pues son las instituciones de raigambre democrático las llamadas, en primer lugar, a la toma de las decisiones que atiendan las demandas sociales, y al diseño, ejecución y control de la eficacia de las políticas económicas y sociales en los órdenes nacional, departamental y municipal, acordes con la garantía de los derechos fundamentales y con los principios que informan un modelo de Estado Social de Derecho. De allí que en estos casos el juez constitucional deba, hasta cierto punto, autolimitarse en sus decisiones, o en términos de la doctrina anglosajona, aplicar el principio del *“self-restraint”*.