

LA FUNCIÓN CREADORA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

Clara Inés Vargas Hernández**

Resumen: La más destacada innovación en derecho constitucional desde la segunda postguerra mundial es la aptitud de los pronunciamientos de los tribunales constitucionales para desarrollar un rol normativo positivo, mediante la expedición de diversas modalidades de sentencias atípicas, a través de las cuales pretenden brindar respuestas realistas y flexibles frente a situaciones inconstitucionales, que resultan del ejercicio mismo de su función de guardianes de la integridad y supremacía de la Constitución, del deber de determinar el sentido y alcance de valores y principios constitucionales, del esfuerzo para desarrollar el principio de conservación de las normas legislativas, de la necesidad de evitar los vacíos normativos producidos por sus fallos y especialmente para garantizar los derechos constitucionales.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, control de constitucionalidad, excepción de inconstitucionalidad, precedente judicial, gobierno de los jueces, legislador negativo, función creadora, interpretación conforme a la Constitución, declaraciones de conformidad bajo reserva, efecto *ex tunc*, efecto *ex nunc*,

* Este artículo fue presentado en la celebración de los “Cien años de la Acción Pública de Inconstitucionalidad y los orígenes del control concentrado de constitucionalidad”, realizada en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 16 de febrero de 2011.

** Abogada y Doctora en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Ex Magistrada de la Corte Constitucional (Colombia). E-mail: [clara_ines_vargas@hotmail.com]. Fecha de recepción: 15 de marzo de 2011. Fecha de modificación: 26 de abril de 2011. Fecha de aceptación: 27 de mayo de 2011.

efectos prospectivos, Corte Constitucional colombiana, constitucionalidad temporal, sentencias aditivas, omisión legislativa, sentencias sustitutivas, estado de cosas inconstitucional.

THE CREATIVE FUNCTION OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Abstract: The most outstanding innovation in constitutional law after the Second World War is the aptitude of the pronouncements of the constitutional courts for developing a positive regulatory role through the issuance of various forms of atypical rulings. They are intended to provide realistic and flexible responses to unconstitutional situations which in turn may have resulted from the very exercise of its role of guardian of the integrity and supremacy of the Constitution, its duty to determine the meaning and scope of values and constitutional principles, its effort to develop the principle of conservation of legislative standards, and the need to avoid the regulatory gaps produced not only by its judgements, but most particularly by its thrust to guarantee the constitutional rights.

Keywords: Constitutional Court, control of constitutionality, exception of unconstitutionality, judicial precedent, judges government, negative legislator, creative role, interpretation in accordance with the Constitution, statements of conformity in strictest confidence, effect *ex tunc*, effect *ex nunc*, prospective effects, Colombian Constitutional Court, temporary constitutionality, additive sentences, legislative omission, alternative rulings, unconstitutional state of things.

En términos generales, la actuación de los tribunales constitucionales y de quienes hacen sus veces, como las Salas Constitucionales, ha tenido, desde hace mucho más de medio siglo, importantes modificaciones con respecto a la forma de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes.

A partir del nacimiento del control judicial de constitucionalidad desconcentrado o difuso, según el modelo estadounidense (caso *Marbury vs. Madison*, 1803), el juez constitucional se perfila como un inaplicador de normas inconstitucionales, mediante un veredicto proferido para el caso concreto. Sin embargo, el precepto continúa formalmente vigente con la posibilidad de aplicarse a otros casos no discutidos judicialmente o mientras no se acepte nuevamente su aplicación por otro juez¹.

1 NÉSTOR PEDRO SAGUÉS. "El juez constitucional como legislador positivo", trabajo realizado por el autor dentro del Programa de Investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Universidad Católica Argentina, agosto de 2010.

En un segundo caso (*Cooper vs. Aaron*, 1958), que algunos han llamado el segundo *Marbury vs. Madison*, la Corte Suprema de Estados Unidos adopta el sistema de “precedentes” (*stare decisis*), obligando a todos los tribunales inferiores a seguir la doctrina judicial establecida por ella. Y, aunque la ley declarada inconstitucional mantiene su vigencia formal, los tribunales deberán inaplicarla si se discute de manera debida en otro caso particular. De esta manera, la Corte Suprema norteamericana, en materia de control de constitucionalidad, asume un papel muy activo, pues su jurisprudencia adquiere un rol de norma general, aproximándose a lo que algunos tratadistas denominan un cuasi-legislador negativo².

En el modelo de control de constitucionalidad difuso se realza el papel de los jueces frente al Parlamento, razón por la cual se le ha criticado de implantar “el gobierno de los jueces”.

Con respecto al modelo de control concentrado, creado con el fin de evitar el denominado “gobierno de los jueces”, según la tesis de KELSEN consagrada en la Constitución de Austria de 1920, el control de constitucionalidad tendrá un efecto mucho más impactante, en la medida en que la ley declarada inconstitucional es expulsada del ordenamiento jurídico, con un efecto *erga omnes*, pasando a ser el Tribunal Constitucional lo que se denominó, en la citada tesis Kelseniana, un “legislador negativo”. Es decir, el Tribunal Constitucional no puede dictar leyes pero sí puede excluirlas del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, a partir de la Segunda Guerra Mundial, especialmente en Alemania e Italia, con la reimplantación del Estado de derecho y el surgimiento del Estado social de derecho, vino como consecuencia una revitalización de los jueces, quienes pese a estar sujetos a la ley, pasaron a ser los garantes de los derechos consagrados en la Constitución pudiendo hacer una aplicación directa de sus normas. Este nuevo papel de los jueces constitucionales apareja consecuencias relevantes con respecto a la forma de ejercer el control de constitucionalidad.

En efecto, puede afirmarse sin lugar a dudas que la más destacada innovación en derecho constitucional, que emerge a partir de la segunda postguerra mundial, es la aptitud de los pronunciamientos de los tribunales constitucionales, en su función de control de constitucionalidad, para desarrollar un rol normativo no sólo negativo sino también positivo; es decir, asumen un papel de legislador positivo. Esta es una importantísima novedad dado que en el sistema kelseniano las decisiones de los jueces no constituían fuente de derecho en sentido propio³.

2 Ídem.

3 FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. *La justicia constitucional ante al siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas Americano y Europeo-Kelseniano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos n.º 64. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pp. 71 y 72.

Si bien, la función esencial de un Tribunal Constitucional es la de anulación de normas o de depuración del ordenamiento jurídico de aquellas normas contrarias a la Constitución, es claro que un Tribunal Constitucional, al controlar la labor discrecional del legislador en la expedición de las leyes, coopera activamente con éste, actividad que se plasma en las consideraciones que el Tribunal efectúa en los fundamentos jurídicos de sus sentencias. Además, puede ejercer también una función de colaboración con el legislador, la que se puede manifestar frente a su inactividad, como cuando la Corte con sus decisiones crea un vacío y es necesario actuar con urgencia para suplirlo, o como cuando emite otro tipo de decisiones que condicionan la aplicación de una norma, o extiende los efectos de sus fallos adoptando decisiones transitorias⁴.

Fue el mismo diseño kelseniano el que vino a relativizar ese rol que se le atribuye al Tribunal Constitucional de ser un legislador negativo, pues, tratando de evitar las indeseadas consecuencias que en ocasiones pueden desencadenar los vacíos jurídicos subsiguientes a la anulación de las normas, postula la posibilidad de facultar a dicho Tribunal para establecer conjuntamente con la resolución que anula una norma, que las disposiciones generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor, correspondiendo al mismo Tribunal Constitucional la decisión de los casos en los que puede hacerse uso de esta facultad⁵. Previsión introducida por primera vez por la reforma constitucional austriaca de 1929⁶.

Con el mismo fin de evitar los inconvenientes desencadenados por la anulación de una norma, KELSEN también defiende la conveniencia de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un determinado plazo contabilizado desde la publicación de la sentencia de anulación, actuación que puede ser calificada como “legislador interino”. Esta tesis también fue acogida por la Constitución austriaca al habilitar al Tribunal Constitucional para prever una prórroga para la entrada en vigor de los efectos de las sentencias de anulación, prórroga que no podría exceder de seis meses, plazo que en la reforma constitucional de 1929 se extendió a un año, lo que permite al Parlamento reemplazar la norma anulada por una nueva conforme a la Constitución, antes de que la anulación se haga efectiva⁷.

4 Ibid., pp. 77 y 79.

5 Constitución Austriaca. Artículo 140. Actualmente, artículo 140.6, según el cual, Si una ley fuese anulada por el Tribunal Constitucional por inconstitucionalidad, entrarán de nuevo en vigor el día en que empiece a producir efectos la anulación, si la sentencia no estableciere otras cosa, todas las disposiciones que hubiesen sido derogadas por la ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. En la publicación de la anulación de la ley se mencionarán también si entran de nuevo en vigor disposiciones legislativas y cuáles.

6 FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas Americano y Europeo-Kelseniano*, cit., pp. 73 y 74.

7 Ibid., pp. 73 y 74.

A partir de aquí, intentando superar la rígida alternativa entre sentencias estimatorias y sentencias de rechazo, los tribunales constitucionales contemporáneos han avanzado de hecho hacia múltiples y sofisticados instrumentos jurídicos, a través de los cuales han logrado desempeñar un rol no solo negativo sino una función creadora positiva, aunque no sea, al decir de algunos, en estricto sentido, sino en el sentido de extender, explicitar o hacer latente algo que ya se encontraba en la norma objeto de control⁸.

Por ejemplo, los tribunales constitucionales han acudido a técnicas jurídicas muy diversas, algunas propias del sistema de precedentes norteamericano, como ha sido el caso de la diferenciación entre disposición y norma; ésta sería la resultante de un proceso hermenéutico de la disposición que puede conducir a extraer varias normas de una misma disposición. Es decir, la norma no es una cosa sino un sentido, con la posibilidad de declarar solo la inconstitucionalidad de normas pero no de la disposición como tal.

En efecto, no hay duda de que hoy en día se encuentra superada la concepción kelseniana del Tribunal Constitucional como un “legislador negativo”, para pasar a desempeñar una función positiva creadora.

La doctrina italiana, por ejemplo, ha considerado que la Corte Constitucional desempeña no tanto una función sustitutiva de la legislación parlamentaria, sino más bien colateral, que se manifiesta, por ejemplo, en la formación de los criterios inspiradores de las iniciativas legislativas para colmar las eventuales lagunas subsiguientes a la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad o para desarrollar de un modo más operativo los principios contenidos en las sentencias, incluso en las de rechazo⁹.

La doctrina italiana también ha considerado que la Corte Constitucional ha mostrado tener un rol en un doble sentido: i. En el de producción inmediata de reglas jurídicas no legislativas, y ii. En el de participación en el proceso legislativo. Así, existirían dos clases de sentencias: i. Aquellas a cuyo través, con distinta intensidad innovadora, la Corte crea ella misma derecho, al tratarse de decisiones autoaplicativas, en cuanto que son decisiones que para alcanzar su fin no necesitan de la intermediación de otros sujetos normativos, y ii. Aquellas decisiones que en forma y con eficacia diversa, sin crear *per se* nuevo derecho, persiguen poner en marcha al órgano legislativo, orientando sus decisiones¹⁰.

La Corte Constitucional italiana, al igual que lo hacen otros tribunales constitucionales, también recurre a las sentencias que se han llamado “manipuladoras”, en cuanto modifican el alcance normativo de un determinado texto, operando positivamente, por ejemplo cuando se trata de normas que tienen un alcance normativo menor del que

8 Ibid., p. 76.

9 Ibid., p. 79, nota 86.

10 Ibid., nota 88, p. 80.

deberían tener, por lo que el Tribunal declara inconstitucional el aparte que no prevé algo y en consecuencia crea una norma por adición o sustitución¹¹.

En Alemania, por ejemplo, se aplica con mayor intensidad la técnica de la interpretación conforme a la Constitución, es decir, que la ley en el futuro habrá de ser interpretada en el sentido fijado por el tribunal constitucional y no como hubiera querido el legislador. Es decir, dicha decisión opera como una rectificación normativa sin necesidad de remitirla al Parlamento para su reelaboración, propiciando de esta manera una colaboración con el legislador¹².

En Francia se profieren las llamadas “declaraciones de conformidad bajo reserva”, en las que el Consejo Constitucional, más que anular una disposición legislativa, lo que hace es declarar que es conforme a la Constitución, bajo la reserva de respetar un sinnúmero de exigencias que se precisan en los fundamentos de la decisión, la que al operar en el marco de control previo, permite al poder legislativo volver a analizar la norma a fin de corregirla en consonancia con las indicaciones del juez constitucional. Modalidad de sentencias que igualmente han sido calificadas de invadir la órbita del legislador¹³.

La anterior actuación de los tribunales constitucionales europeos es posible, por cuanto son las Constituciones las que dotan al juez constitucional de la misión de guardián de la supremacía, integridad y fuerza normativa efectiva de la Carta Fundamental, otorgándole instrumentos como la declaración de inconstitucionalidad. En esta labor, corresponde a los tribunales constitucionales, a través de sus sentencias, determinar el sentido y alcance tanto de valores como de principios constitucionales que precisen el contenido y alcance de la normatividad infraconstitucional, desarrollando una labor integradora del derecho. Pero, también deben hacer un esfuerzo para desarrollar el principio de conservación de las normas legislativas producto del Parlamento y otorgar al máximo la certeza del derecho que integra el ordenamiento jurídico, además de evitar los vacíos normativos y evaluar las consecuencias de sus fallos. Estas circunstancias abren la puerta a la búsqueda de sentencias que brinden respuestas realistas y flexibles frente a situaciones inconstitucionales y que otorguen seguridad jurídica en la perspectiva de aplicación uniforme del derecho, dando lugar en consecuencia a las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales¹⁴.

11 *Ibíd.*, p. 81.

12 *Ibíd.*, pp. 82 y 83.

13 *Ibíd.*, p. 84.

14 HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ. *El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010, p. 474.

Recordemos que, en Colombia, antes de la Constitución de 1991 y durante la época en que la Corte Suprema de Justicia ejerció el control de constitucionalidad, ésta se limitó a ejercer el clásico control de constitucionalidad propio de un legislador negativo, actuando sólo para excluir la norma del ordenamiento jurídico cuando encontraba su inconstitucionalidad. El rol que ejerció la Corte Suprema de Justicia en este aspecto, tal vez se debió a que la Constitución de 1886 no consagraba elementos suficientes que permitieran darle fuerza normativa, ni desempeñar un control de constitucionalidad de manera diferente.

Fue a partir de la Constitución de 1991, con la implantación del Estado social de derecho y la creación de la Corte Constitucional, que Colombia comenzó a ejercer un avanzado control de constitucionalidad utilizando técnicas jurídicas de control según la experiencia tanto de tribunales constitucionales europeos como de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Si bien la mayoría de las sentencias que profiere la Corte Constitucional resuelven meramente sobre la exequibilidad o inexecutableidad de las normas, tiene claro la Corte que en su labor jurisdiccional de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, le corresponde igualmente hacer efectiva su fuerza normativa y realizar los valores y principios constitucionales. Por ello, siempre ha considerado que no puede limitarse a ejercer el control de constitucionalidad bajo esa disyuntiva, sino que le es imperioso, además, considerar las consecuencias que se ocasionarán con los vacíos jurídicos resultantes de sus decisiones (los que serían mucho más perjudiciales que la misma inconstitucionalidad) ejerciendo una actividad de colaboración con el legislador, quien está en la imposibilidad de suplir de manera urgente las normas requeridas para evitar las consecuencias resultantes de dichos vacíos, y de cooperar con éste en cuanto que los fundamentos de sus sentencias pueden orientar de mejor manera la labor de producción de leyes.

Un primer grupo de sentencias de la Corte Constitucional que mencionaré son aquellas que modulan sus efectos en el tiempo, y que son de vital importancia para el caso, puesto que, en muchas ocasiones, aparejan decisiones concomitantes transitorias creadoras de derecho.

Recordemos que varios países europeos, en lo que se refiere al control de constitucionalidad, anulan las disposiciones contrarias a la Constitución y, por tanto, los efectos de sus decisiones son los propios de una nulidad *ex tunc*, es decir, con efecto retroactivo, considerando que el acto nunca existió. Sin embargo, los tribunales constitucionales de esos países han flexibilizado tales efectos retroactivos con el objeto de no afectar situaciones jurídicas consolidadas y efectos jurídicos ya producidos, mostrando de esta manera un cierto grado de discrecionalidad prudencial para modular los efectos de sus fallos en casos excepcionales¹⁵.

15 *Ibíd.*, p. 505.

En el enfoque kelseniano de un tribunal constitucional como legislador negativo, como sucede en Austria, el fallo tiene un carácter constitutivo pues, siendo de anulación, tiene efectos *ex nunc* o profuturo; es decir, causa efectos desde el pronunciamiento o desde su notificación o publicación, sin afectar las situaciones producidas al amparo de la norma sacada del ordenamiento jurídico¹⁶. Sin embargo, en algunos casos, el tribunal ha dado efectos retroactivos a sus fallos, por ejemplo, para proteger el derecho a la igualdad de los ciudadanos.

En este punto, lo que buscan los tribunales constitucionales es darle mayor fuerza a la supremacía constitucional y a la seguridad jurídica, tratando de buscar un cierto equilibrio entre estos dos principios.

En Colombia el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia consagra que las decisiones de la Corte Constitucional tienen efectos hacia el futuro, a menos que la Corte resuelva lo contrario. De esta manera, es claro que los fallos tienen efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materia penal, policiva y disciplinaria, y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución, relacionado con la invalidez de las reuniones del Congreso sin los requisitos constitucionales, como lo declaró la Corte en la Sentencia C-113 de 1993.

En la sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional consideró que,

... los efectos concretos de las sentencias de inexecutable dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de los principios encontrados: la supremacía de la Constitución –que aconseja dar a las decisiones efectos *ex tunc*, esto es retroactivos–, y el respeto a la seguridad jurídica –que, por el contrario, sugiere conferirle efectos *ex nunc*, esto es únicamente hacia el futuro.

La Corte Constitucional ha proferido de manera excepcional sentencias que han determinado efectos retroactivos a las mismas. Por ejemplo, en la Sentencia C-149 de 1993, sobre la Ley 6.^a de 1992 que había establecido un impuesto retroactivo, declarado posteriormente inconstitucional pero que muchos contribuyentes ya habían cancelado, se ordenó la devolución inmediata de las sumas canceladas. Otros casos semejantes han ocurrido con decretos dictados al amparo de un estado de excepción y que fueron declarados inconstitucionales (sents. C-187 de 1997, C-619 y C-327 de 2003).

Con mayor frecuencia la Corte Constitucional profiere sentencias con efectos prospectivos, es decir, aquellas en las que la Corte se abstiene de declarar la inexecutable de inmediato, considerando que el vacío normativo dejaría una situación más grave que la declaración inminente de inconstitucionalidad, bien por razones económicas, sociales

16 *Ibíd.*, p. 506.

o de estabilidad política¹⁷, posibilitando la intervención del legislador para que corrija el vicio de la norma antes de hacerse efectiva dicha determinación, evitando de esta manera las consecuencias perniciosas de una eliminación inmediata de la misma.

La Corte Constitucional ha explicado el fundamento de su competencia para proferir fallos con efectos ultra-activos, o de constitucionalidad temporal de la siguiente manera:

... es necesario tener en cuenta que es doctrina reiterada de esta Corte que el juez constitucional no está atrapado en la disyuntiva de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad en forma inmediata (sentencia de inexecutableidad), puesto que la Carta simplemente ha establecido que a la Corte compete “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes” (CP 241 ord. 4.º). Por consiguiente, al decidir sobre estas demandas, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. En tales circunstancias, no siempre la constatación de que una norma es inconstitucional acarrea inevitablemente su automática declaración de inexecutableidad, por la sencilla razón de que puede ocurrir que el retiro inmediato de la disposición del ordenamiento ocasione una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales¹⁸.

Y, en la Sentencia C-221 de 1997, justificó este tipo de decisiones de la siguiente manera:

... la aparente paradoja de que la Corte constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales.

Sin embargo, la misma Corte consideró que este tipo de decisiones podían proferirse pero bajo ciertas condiciones:

La Corte Constitucional puede legítimamente recurrir a una sentencia de constitucionalidad temporal, siempre y cuando (i) justifique esa modalidad de decisión y (ii) aparezca claramente en el expediente que la declaración de inexecutableidad inmediata ocasiona una situación constitucionalmente peor que el mantenimiento en el ordenamiento de la disposición acusada, cuya incons-

17 *Ibíd.*, p. 514.

18 Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2001, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

tucionalidad fue verificada en el proceso. Además, (iii) el juez constitucional debe explicar por qué es más adecuado recurrir a una inexecutable diferida que a una sentencia integradora, para lo cual deberá tener en cuenta, entre otras cosas, qué tanta libertad de configuración tiene el Legislador en la materia, y qué tan lesivo a los principios y valores constitucionales es el mantenimiento de la disposición acusada en el ordenamiento. Finalmente, y como es obvio, (iv) el juez constitucional debe justificar la extensión del plazo conferido al legislador, el cual depende, en gran medida, de la complejidad misma del tema y del posible impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los principios y derechos constitucionales¹⁹.

Esta modalidad de sentencias las profiere la Corte Constitucional alemana y ha sido seguida por otros tribunales varios de ellos latinoamericanos.

Un caso para mencionar es el de la Sentencia C-720 de 2007, de la Corte Constitucional, cuya lectura dará una mejor comprensión de las situaciones a las que se puede ver enfrentada dicha Corte al resolver sobre la constitucionalidad de un caso, y que nos muestra, además, cuáles son las razones de sus determinaciones. En el citado caso, la Corte encontró que la norma analizada era inconstitucional, difería los efectos de dicha declaración, y condicionaba su aplicación temporal bajo ciertos requisitos determinados en la misma providencia.

En la citada sentencia se resolvió sobre algunas normas del Capítulo de las Contravenciones del Decreto 1355 de 1970, Código de Policía, relacionadas con la retención transitoria, que consiste en mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas. La Corte encontró inconstitucional esta disposición y otras relacionadas, pero consideró que no podía dictar una sentencia integradora sino que lo aconsejable era diferir los efectos de su fallo.

Dijo la Corte:

Sin embargo, la declaratoria de inexecutable pura y simple, podría conducir a que la policía careciera de medidas para proteger efectivamente derechos como la vida y la integridad de personas puestas en situación de grave riesgo cuando se trata de circunstancias de urgencia frente a las cuales, en la actualidad, no existan medidas alternativas posibles. De esta forma, tendríamos que aceptar sin discusión las consecuencias nocivas previsibles de la ausencia de facultades preventivas o de protección. En estos casos, como ya lo ha hecho la Corte, podría proceder una decisión diferida en el tiempo pero condicionada en su aplicación temporal.

19 Corte Constitucional. Sentencia C-737 de 2001, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

[...] 71. Ahora bien, en el presente caso, la decisión de diferir los efectos de la sentencia de inexecutable se somete al cumplimiento de un término máximo razonable para que el Congreso de la República pueda regular esta materia bajo los parámetros de respeto a las garantías y derechos constitucionales ya señalados. Ese término, que habrá de culminar al vencimiento de la presente legislatura, es decir el 20 de junio de 2008, es suficiente para el trámite de una normatividad de policía que las mismas autoridades reconocen ha dejado de ser adecuada para la atención de las exigencias actuales que supone la convivencia ciudadana. En este sentido, la Corte conmina al Congreso a no dilatar más una urgente e inaplazable decisión legislativa para adecuar las normas de policía al derecho constitucional vigente.

72. No obstante lo dicho en punto a la imposibilidad de proferir una sentencia integradora, en el presente caso la decisión diferida tiene que estar acompañada de una serie de salvaguardas *temporales* destinadas a asegurar que durante el corto tiempo de vigencia de las disposiciones estudiadas, las mismas serán aplicadas dentro de las garantías mínimas que la Constitución establece. En efecto, si bien corresponde al legislador la definición del régimen nacional de policía, lo cierto es que al dejar vigentes las disposiciones estudiadas, incluso si es por corto tiempo, la Corte debe poner de presente las condiciones mínimas para que su aplicación resulte constitucionalmente admisible. Sin embargo, no sobra mencionar que las condiciones constitucionales que es necesario establecer para que el ejercicio de la retención transitoria resulte temporalmente admisible, no resuelven de hecho todas las complicaciones y necesidades que se desprenden del ejercicio de esta atribución, como por ejemplo, la necesidad de determinar lugares idóneos para ofrecer una real protección de las personas que necesiten atención urgente e inmediata para superar la situación de riesgo en la que se encuentran. Estas salvaguardas exigen un diseño institucional que no corresponde a la Corte sino al Congreso en ejercicio de la facultad de configuración que la Constitución le reconoce.

73. En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte se ve compelida a dictar una sentencia condicionada –pues señala unos parámetros de actuación y unas exigencias a las autoridades que si bien surgen de la Constitución no se encuentran previstas actualmente en la normatividad de policía– y a aplazar los efectos de la decisión de inexecutable, para permitir que sea el Legislador quien, en ejercicio de su competencia, regule de manera permanente, en términos claros y suficientes, la materia objeto de estudio. En todo caso, cualquier regulación debe resultar coherente con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y las garantías constitucionales, como se dejó anotado en los fundamentos anteriores de esta sentencia.

Otro tipo de sentencias atípicas de uso frecuente por parte de la Corte Constitucional colombiana, son aquellas denominadas interpretativas o de interpretación conforme

a la Constitución; es decir, aquellas que excluyen de una disposición los contenidos normativos inconstitucionales. Para proferir este tipo de sentencias la Corte acude principalmente al principio de *conservación del derecho*, que busca evitar la eliminación o desmantelamiento del orden jurídico de textos que pudieran ser interpretados en algún sentido de conformidad con la Constitución. Lo anterior teniendo en consideración que la inconstitucionalidad solo debe ser declarada cuando una norma jurídica en ninguna interpretación legítima es conforme con la Constitución.

Sobre el principio de conservación del derecho, la Corte Constitucional ha considerado que

... en atención al principio de la conservación del derecho, el juez constitucional debe propender por preservar las normas adoptadas por el legislador. El esfuerzo que implica para una sociedad la creación de una ley invita al juez constitucional, en principio, a conservar el derecho, no a desmantelarlo²⁰.

Otras sentencias atípicas que profiere la Corte Constitucional son aquellas aditivas, con origen en la jurisdicción constitucional italiana a partir de 1963, como una reacción de la Corte al incumplimiento por parte del legislador de las exhortaciones hechas para introducir modificaciones legislativas que se consideran imprescindibles²¹.

Este tipo de sentencias es una respuesta a una inconstitucionalidad por omisión legislativa, es decir, que la regulación respectiva no prevé aspectos necesarios que debería contener para ajustarse a la Constitución, los cuales incorpora la Corte como una exigencia constitucional, posibilitando de esta manera el mantenimiento de la norma en el ordenamiento jurídico²². De no obrarse de tal manera, la inconstitucionalidad de la norma causaría un perjuicio mayor con respecto a los supuestos normativos consagrados en la disposición.

Es estos casos se produce una nueva norma que incluye el supuesto añadido, y que es una exigencia constitucional, pasando a ser éste el único sentido en que ella puede ser aplicable en el futuro. El fundamento de este tipo de decisiones, por regla general se encuentra en los principios de igualdad y razonabilidad.

Según la doctrina especializada, este tipo de sentencias es la más clara muestra del activismo judicial de los tribunales constitucionales, lo que supera de una manera clara

20 En la sentencia C-600A de 1995, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, la Corte decidió declarar exequible una ley ordinaria a pesar de haber sido tramitada como ley orgánica, entre otras razones, en virtud del principio de conservación del derecho.

21 HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ. *El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina*, cit., p. 535.

22 *Ibíd.*, p. 535.

la clásica concepción de órganos que cumplen una función de expulsión de normas del ordenamiento jurídico (legislador negativo), constituyéndose en creador de ellas. Este tipo de sentencias son constitutivas en la medida que innovan el ordenamiento jurídico²³.

Varios tribunales constitucionales utilizan este tipo de sentencias que pueden referirse a dos aspectos –cuando la omisión sólo implica una laguna que es cubierta por la labor interpretativa del Tribunal Constitucional y cuando la omisión significa una exclusión–, por lo que la eliminación de la omisión implica incluir a aquellos que habían sido marginados o discriminados arbitrariamente en el precepto.

En Colombia son varios los casos en que la Corte Constitucional ha encontrado omisiones legislativas relativas²⁴ y ha procedido en consecuencia a complementar la norma respectiva para incluir en ésta a los sujetos excluidos de manera inconstitucional por el legislador.

En la Sentencia C-185 de 2002 la Corte Constitucional sistematizó las condiciones necesarias para la procedibilidad del control de constitucionalidad respecto de una omisión relativa del legislador. Señaló al respecto:

Para efectos de proceder al examen de constitucionalidad de una disposición jurídica, por haber incurrido el Congreso en omisión legislativa relativa, la Corte ha considerado necesario el cumplimiento de ciertas condiciones, a saber: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador. La doctrina de esta Corporación ha definido que sólo es posible entrar a evaluar la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, cuando el actor ha dirigido la acusación contra la norma de cuyo texto surge o emerge la omisión alegada. En este sentido, la posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir pronunciamiento de fondo, queda supeditada al hecho

23 *Ibíd.*, p. 536.

24 *Cfr.*, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional, C-311 de 2003, C-155 de 2004, C-592, C-800 y C-1096 de 2005, C-394 de 2007, C-240, C-522 y C-314 de 2009.

de que la omisión sea predicable directamente del dispositivo impugnado, y en ningún caso de otro u otros que no hayan sido vinculados al proceso.

En concordancia con lo anterior, señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-043 de 2003, que las omisiones legislativas relativas que resulten inconstitucionales por ser discriminatorias, pueden ser subsanadas mediante una sentencia integradora que permita al Tribunal Constitucional llenar los vacíos dejados por el legislador, a fin de armonizar la disposición omisiva con el ordenamiento superior. Así lo expresó la providencia:

[E]n este caso resulta necesario proferir una sentencia integradora. En esta clase de pronunciamientos la Corte pretende llenar los vacíos dejados por el legislador, vacíos que ocasionan la vulneración de algún derecho fundamental. Tratándose del derecho a la igualdad, la omisión consiste en dejar por fuera alguno de los supuestos de hecho idénticos al regulado por la norma legal. La exclusión así producida irroga un trato discriminatorio. Sin embargo, como la norma no resulta inconstitucional por lo que regula sino por lo que omite incluir dentro de su regulación, el juez constitucional, aplicando directamente la fuerza normativa del artículo 13 superior, amplía la cobertura de la disposición a todo el universo de los sujetos que se encuentran en la misma situación de hecho regulada en la norma.

Otro tipo de sentencias atípicas que profiere la Corte Constitucional, son las sustitutivas, desarrolladas primeramente en Italia. Son aquellas mediante las cuales la Corte expulsa del ordenamiento jurídico una parte de una disposición normativa por considerarla inconstitucional, sustituyendo el vacío mediante reconstrucción, creando una nueva norma de carácter específico, mediante la cual la norma queda con un contenido constitucional. Estas sentencias tienen una mezcla de inconstitucionalidad por omisión e inconstitucionalidad parcial²⁵.

La Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, profirió una sentencia de esta naturaleza (la C-113 de 1993), cuando estudió la normas que regulan los juicios ante la misma Corte, en la cual, declaró inconstitucional la disposición que precisaba taxativamente los casos en que la Corte podía dar efectos retroactivos a sus fallos; además de declarar la inconstitucionalidad de dicha disposición, indicando que los efectos de los fallos del Tribunal no podían ser regulados por ley, siendo una competencia propia de la Constitución, o en su defecto, por la propia Corte Constitucional, determinó que, conforme a la Constitución, correspondía a la propia Corte determinar libremente los efectos de sus fallos.

25 HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ. *El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina*, cit., p. 545.

Estas sentencias sustitutivas colman un vacío normativo con una regla específica que se deduce necesaria, directa y obligatoriamente de la Constitución, sin que le corresponda escogerla dentro de las diversas alternativas legítimas de configuración legislativa, pues de hacerlo estaría invadiendo la órbita de competencia del legislador.

Otras sentencias, sobre las cuales no puede afirmarse que existe una actividad creadora positiva de la Corte, pero sí una clara labor de colaboración armónica entre las autoridades, son aquellas mediante las cuales la Corte ha exhortado al Congreso para que despliegue una actividad²⁶. Estas sentencias pueden contener o no sugerencias, directrices, o recomendaciones de cómo el legislador ha de considerar la legislación que se ha de dictar.

Por ejemplo, la Corte procedió de esta manera, en la Sentencia C-473 de 1994, cuando estimó vital que el Congreso, en un plazo razonable, expidiera una regulación de la huelga en los servicios públicos acorde con la Constitución, por lo cual, en la parte resolutive de esta sentencia, lo exhortó en tal sentido.

Como justificación de su actuación la Corte consideró:

Con esta modalidad de exhorto, esta Corporación no está, en manera alguna, desbordando su competencia o invadiendo la órbita de actuación del Congreso. Por el contrario, el profundo respeto por la estructura del Estado y por la libertad de configuración política del Legislativo es lo que explica que la Corte se haya abstenido de delimitar materialmente el concepto de servicios públicos esenciales. Pero la ausencia de normas transitorias que prolonguen de manera indefinida las regulaciones legales preconstituyentes en este campo, la protección del derecho de los trabajadores y de los usuarios, así como el carácter normativo de la Constitución obligan a la Corte a efectuar este exhorto, con el fin de guardar la “integridad y supremacía de la Constitución”, tal y como lo establece el artículo 241 superior. El exhorto no debe entonces ser visto como una ruptura de la división de los poderes sino como una expresión de la colaboración de los mismos para la realización de los fines del Estado (CP art. 113), en particular para la garantía de la efectividad de los derechos de las personas (CP art. 2.º). En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano establece mecanismos de cooperación entre los órganos del Estado a fin de asegurar la fuerza expansiva de los derechos constitucionales. Así, por no citar sino un ejemplo, la propia Constitución establece que el Procurador General de la Nación deberá “exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes” (CP art. 278 ord 4.º). No es pues extraño que la

26 Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 1994, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional pueda exhortar al Congreso para que adecue el orden legal a la Constitución en materia de derechos constitucionales.

Además, este tipo de exhorto no es en manera alguna una innovación doctrinaria de esta Corte o de esta sentencia, sino que éste surge de las tensiones valorativas propias del texto constitucional, en particular de aquella que existe entre la supremacía normativa de la Constitución y el principio de libertad de configuración del Legislador. Esto explica que la mayoría de los tribunales constitucionales establezcan formas similares de exhortos con el fin de armonizar tales principios y tomar en cuenta los efectos sociales de las decisiones constitucionales. Así, el Tribunal Constitucional alemán ha adoptado estos exhortos bajo la forma de “resoluciones de aviso” o “admonitorias”²⁷. En el mismo sentido ha actuado, en determinados casos, el Tribunal Constitucional Español²⁸.

Como se ha podido apreciar, el juez constitucional, de cara al siglo XXI, no puede limitarse a ejercer un control de constitucionalidad en el que prevalezca la sola disyuntiva entre declarar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de una disposición. Las implicaciones que para el control de constitucionalidad trajo la implantación del Estado social de derecho, con la necesidad de involucrar en el control los valores y principios constitucionales, la protección y garantía del amplio catálogo de derechos fundamentales, y la propia fuerza normativa de la Constitución, conllevan necesariamente a que tenga que valorar los efectos adversos de los vacíos normativos producidos por sus decisiones. La inactividad del legislador, además, se traduce en la asunción de un papel mucho más activo de la Corte, mucho más creador positivo, no en beneficio del propio Tribunal, ni con el ánimo o pretensión de colocarse por encima de los demás poderes del Estado, sino, sobre todo, para garantizar a todos los ciudadanos la supremacía de la Constitución y sus derechos constitucionales.

Todo ello, por supuesto, bajo el entendido de ejercer al mismo tiempo una labor de autocontención o autocontrol, para lograr equilibrar el ejercicio de su misión de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución con el principio democrático.

Finalmente, es importante mencionar que la Corte Constitucional colombiana no se ha limitado a proferir sentencias innovadoras sólo con respecto al control de constitucionalidad. En materia de tutela la Corte ha avanzado hacia una nueva modalidad de protección de los derechos fundamentales, cuando encuentra y declara un estado de cosas inconstitucional, motivada por un gran cúmulo de acciones presentadas sobre una misma situación.

27 Cfr. HANS PETER SCHNEIDER. *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 62 y 218 y ss.

28 Tribunal Constitucional Español. Sentencia S-124 del 18 de diciembre de 1984, Fundamentos 7 a 10.

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-153 de 1998, justificó este tipo de sentencias de tutela de la siguiente manera:

Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general –en tanto que afectan a multitud de personas–, y cuyas causas sean de naturaleza estructural –es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.

En la Sentencia T-025 de 2004, en la que se declaró el estado de cosas inconstitucional en relación con la población desplazada, también se resumieron los otros casos en que la Corte Constitucional lo ha declarado igualmente,

La Corte ha declarado en siete ocasiones la existencia de un estado de cosas inconstitucional. La primera vez, lo hizo ante la omisión de dos municipios en afiliación a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pesar de que se les hacían los descuentos para pensiones y prestaciones sociales previstos en la ley²⁹. Con posterioridad a esta sentencia, la Corte ha declarado un estado de cosas inconstitucional en seis ocasiones más: 1) por la situación de violación continua de los derechos de sindicatos y procesados detenidos en las distintas cárceles del país³⁰; 2) debido a la falta de un sistema de seguridad social en salud para los sindicatos y reclusos³¹; 3) por la mora habitual en el pago de mesadas pensionales, durante un período prolongado de tiempo, en los departamentos del Bolívar³², y 4) de Chocó³³; 5) por omisiones en la protección de la vida de defensores de derechos humanos³⁴, y 6) por la

29 Corte Constitucional. Sentencia SU-559 de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

30 Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

31 Corte Constitucional. Sentencias T-606 y T-607 de 1998, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

32 Corte Constitucional. Sentencia T-525 de 1999, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

33 Corte Constitucional. Sentencia SU-090 de 2000, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

34 Corte Constitucional. Sentencia T-590 de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. En este caso, el estado de cosas inconstitucional se presentó por la omisión del Estado de adoptar medidas para garantizar los derechos de los defensores de derechos humanos, frente a las amenazas permanentes contra la vida de estas personas. La Corte, luego de resaltar los atentados y asesinatos cometidos contra miembros de diversas ONG de derechos humanos y hacer un recuento del contenido de las circulares presidenciales emitidas para lograr el trabajo coordinado de las distintas entidades, señaló que “pese a las circulares

omisión en la convocatoria de un concurso de méritos para el nombramiento de notarios³⁵.

En la misma sentencia, se resumieron los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, destacando los siguientes:

... (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas³⁶; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos³⁷; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación

presidenciales, el ataque a los defensores de derechos humanos ha continuado [...] y hay conductas omisivas del Estado en cuanto a su protección, máxime cuando se ha puesto en conocimiento de éste el clima de amenazas contra dichos activistas. Esta es una situación abiertamente inconstitucional, a la cual el juez constitucional no puede ser indiferente”.

- 35 Corte Constitucional. Sentencias SU-250 de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; T-1695 de 2000, M. P.: MARTA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ. En cuanto a la falta de convocatoria a un concurso de méritos para el nombramiento de notarios, constatado el estado de cosas inconstitucional en 1998, la Corte ordenó al Superintendente de Notariado y Registro y al Consejo Superior de la Administración de Justicia, que en el término de seis meses, contados a partir de la notificación de la sentencia convocara los concursos abiertos para notarios. Posteriormente, en el año 2000, constatada la continuidad del estado de cosas inconstitucional, la Corte ordenó “al Consejo Superior de la Carrera Notarial, en cabeza de su presidente, el Ministro de Justicia y del Derecho, para que a más tardar en un término máximo de tres (3) meses contados a partir de la notificación de este fallo, se modifiquen y rehagan 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, que permita poner fin de una vez por todas al mencionado estado de cosas inconstitucional. Para tal efecto, el órgano encargado de administrar la carrera notarial ha de dar estricto cumplimiento no sólo a la Ley 588 de 2000 sino a las sentencias de esta Corporación, en especial a los fallos C-741 de 1998; C-153 y C-155 de 1999 y C-647 de 2000, que son de obligatorio cumplimiento”.
- 36 Por ejemplo, en la Sentencia SU-559 de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, donde la Corte declaró un estado de cosas inconstitucional, por la omisión de dos municipios de afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio a pesar de que se hacían los descuentos respectivos de los salarios devengados para el pago de dichos aportes, al encontrar que se vulneraban los derechos de muchos maestros de todo el país. Dijo la Corte: “[...] 30. De acuerdo a lo expuesto, la situación planteada por los actores tiene que examinarse 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”.
- 37 Por ejemplo, en la Sentencia T-153 de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, que declaró el estado de cosas inconstitucional por el hacinamiento y las condiciones indignas de reclusión en las distintas cárceles colombianas, dijo la Corte: “Asimismo, como se vio en el aparte acerca del hacinamiento desde una perspectiva histórica, el fenómeno de la congestión carcelaria ha sido recurrente, e incluso han existido períodos en los que la sobrepoblación ha alcanzado grados mucho más extremos que el actual. A pesar de ello no se percibe de parte del Estado el diseño de políticas destinadas a evitar situaciones como la actual. 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”.

de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado³⁸; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos³⁹; (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante⁴⁰; (v) si todas las personas afectadas por el mismo proble-

-
- 38 Por ejemplo, en la Sentencia T-068 de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, en la que se declaró un estado de cosas inconstitucional por la mora habitual de Caja Nacional de Previsión en resolver las peticiones presentadas por jubilados. La Corte dijo: “[...] 8. Así mismo, como se constató en la inspección judicial, la acción de tutela es prácticamente un requisito para que se resuelva la solicitud dentro del término legal, la cual genera un procedimiento administrativo paralelo que produce un desgaste del aparato judicial y una tergiversación del objetivo de la acción de tutela, lo cual afecta gravemente el interés general y el interés particular de quienes vienen siendo afectados de manera directa por la ineficiencia de la Caja Nacional de Previsión, pese a que se aprecia una superación en comparación con el caos anterior, de todas maneras tratándose de jubilados el esfuerzo estatal debe ser el máximo”.
- 39 Por ejemplo, en la Sentencia T-1695 de 2000, M. P.: MARTA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, en donde la Corte declaró la continuidad del estado de cosas inconstitucional por la falta de convocatoria al concurso para el nombramiento de notarios; la Corte señaló que la falta de una disposición que permitiera la convocatoria a un concurso general de méritos hacía que el estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia SU-250 de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, continuara. Dijo la Corte: “En este orden, cabe concluir, que si bien la convocatoria efectuada por el acuerdo n.º 9 de 1999 no vulnera frente a los demás aspirantes el derecho a la igualdad de los actores para acceder al cargo de notario en los circuitos para los cuales se abrió el concurso, lo cierto es que sí restringió la igualdad de oportunidades de los aspirantes al no incluir todas las plazas notariales, en abierto desconocimiento del precepto constitucional, lo que sin duda configura una vulneración de un derecho fundamental, que persistirá en tanto no se realice un concurso de méritos en las condiciones establecidas por la Carta Política y reiteradas por la jurisprudencia constitucional [...] Por lo anterior, y reconocida la continuidad del estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte Constitucional desde la Sentencia SU-250/98, al no poner en funcionamiento la carrera notarial, que si bien se trató de subsanar por el órgano competente al convocar el concurso de méritos de que trata esta providencia, el mismo no se hizo conforme a la Constitución, pues debía haber incluido todas las plazas de notario existentes en el país y garantizar no sólo las mismas oportunidades para todos los participantes, sino aplicación plena de los preceptos constitucionales. Así las cosas, el restablecimiento de los derechos fundamentales de los actores y la observancia del ordenamiento superior sólo puede producirse cuando la provisión de los cargos de notario se realice mediante la celebración de un concurso de méritos abierto y público que tenga como objeto cumplir el mandato constitucional tantas veces reseñado. Para el efecto, no basta entonces, la simple suspensión del proceso de concurso, hecho que ya se produjo, pues el estado de cosas inconstitucional persiste, lo que exige que el Consejo Superior de la Carrera Notarial, en un término razonable, convoque a un concurso general y abierto para conformar las listas de elegibles a la totalidad de los cargos de notario público en el país, tal como habrá de ordenarse en esta providencia”.
- 40 Por ejemplo, en la Sentencia T-068 de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, la Corte dijo: “De acuerdo con estadísticas que presenta la misma entidad demandada, durante los años 1995, 1996 y 1997 se instauraron cerca de 14.086 acciones de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión y, si se realiza un cotejo con la totalidad de expedientes de tutela que se remitieron para eventual revisión a esta Corporación en esos años (aproximadamente 94.000), se observa cómo casi un 16% de todas las tutelas del país se dirigen contra esa entidad. Esto significa que existe un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, lo cual se considera un inconveniente general que afecta a un número significativo de personas que buscan obtener prestaciones económicas a las que consideran tener derecho”. Igualmente, en la Sentencia T-153 de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, la

ma acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial⁴¹.

También en la Sentencia T-025 de 2004 la Corte sintetizó las órdenes contenidas en las sentencias que declararon un estado de cosas inconstitucional, así:

... (i) se diseñen y pongan en marcha las políticas, planes y programas que garanticen de manera adecuada los derechos fundamentales cuyo goce efectivo depende de la superación del estado de cosas inconstitucional; (ii) se apropien los recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos; (iii) se modifiquen las prácticas, las fallas de organización y de procedimiento que resultan violatorias de la Constitución; (iv) se reforme el marco jurídico cuyas falencias han contribuido al estado de cosas inconstitucional; y (v) se realicen los trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para superar la vulneración de los derechos.

La citada Sentencia T-025 de 2004, sobre el estado de cosas inconstitucional con respecto a la población desplazada, así como la Sentencia T-760 de 2008, en materia de salud, se constituyen en una nueva modalidad de sentencias para proteger derechos fundamentales, y se han denominado “estructurales”, en cuanto el juez constitucional interviene de manera directa para la solución de problemas sociales que son del orden estructural.

Este tipo de sentencias, acusadas también de ser una muestra clara de activismo judicial, no son otra cosa que el ejercicio pleno de la función de la Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, pero especialmente como garante de los derechos fundamentales de todos los colombianos.

Corte dijo lo siguiente: “[...] 53. En las sentencias SU-559 de 1997 y T-068 de 1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general –en tanto que afectan a multitud de personas–, y cuyas causas sean de naturaleza estructural –es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional”.

41 En la misma Sentencia T-068 de 1998, se dijo: “[...] 10. Por todo lo anterior, esta Sala de Revisión concluye que la situación presentada en la entidad demandada produce un estado de cosas inconstitucional, lo cual no sólo afecta derechos individuales tendientes a viabilizar las pretensiones, a través de tutela, sino también afecta a todo el aparato jurisdiccional que se congestiona y lo afecta en la efectividad del cumplimiento oportuno de sus obligaciones”.

En efecto, no puede pasar inadvertida, ni ser impasible la Corte Constitucional, cuando en la revisión de las acciones de tutela advierte que la omisión prolongada de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones de garantizar los derechos constitucionales, da lugar a una vulneración masiva y generalizada de los mismos, afectando a un número significativo de personas. En estos casos, la función del Tribunal Constitucional, como garante de los derechos constitucionales de todos los ciudadanos, conlleva su inmediata intervención para la solución real y efectiva de las violaciones advertidas, poniendo en marcha toda la fuerza normativa de la Constitución e impidiendo un actuar individual de todos los afectados por el mismo problema, lo que produciría una mayor congestión judicial.

La declaración del estado de cosas inconstitucional, y las sentencias estructurales, se enmarcan perfectamente en el mandato constitucional de la colaboración armónica de las autoridades para lograr los fines del Estado de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.