

**DERECHOS PRESTACIONALES DE LA POBLACIÓN VÍCTIMA DEL
DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA CONTENIDOS EN LA LEY
1448 DE 2011: UN ANÁLISIS DESDE EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y
NO REGRESIVIDAD**

María Fernanda Posada Puerta
María Camila Molina Sierra

MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADA

Asesor:
DAVID ENRIQUE VALENCIA MESA
Profesor Universidad de Antioquia



**ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2012**

**DERECHOS PRESTACIONALES DE LA POBLACIÓN VÍCTIMA DEL
DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA CONTENIDOS EN LA LEY
1448 DE 2011: UN ANÁLISIS DESDE EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y
NO REGRESIVIDAD**

**María Fernanda Posada Puerta
María Camila Molina Sierra**



**ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2012**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
I. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD: UNA HERRAMIENTA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS, UN LÍMITE AL LEGISLADOR.....	13
1. Derechos Sociales en el Estado Social de Derecho.....	14
2. Principio de progresividad y protección de los Derechos Sociales en la Jurisdicción Constitucional.....	18
2.1. Normatividad y jurisprudencia interna sobre el principio de progresividad.....	23
2.2. Normatividad y Jurisprudencia Internacional sobre el principio de progresividad	26
2.3. Contenido y alcance del principio de progresividad.....	32
3. Justiciabilidad constitucional del principio de progresividad.....	37
3.1. La justiciabilidad del principio de progresividad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.....	40
II. LA EMERGENCIA DE UNA NUEVA POBLACIÓN: <i>EL DESPLAZADO</i> COMO SUJETO DE DERECHOS. UNA REVISIÓN NORMATIVA DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA.....	50
1. El fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia.....	51
2. Los hitos normativos en materia de desplazamiento forzado en Colombia.....	57
2.1. Documentos CONPES, las bases de la política pública sobre desplazamiento forzado.....	58
2.2. Ley 387 de 1997 y el inicio de un marco jurídico para el desplazamiento forzado en Colombia.....	65
2.3. Sentencia T – 025 de 2004: El desplazamiento forzado como un estado de cosas inconstitucional.....	70
2.3.1. Sentencia T – 025 de 2004 y derechos prestacionales de la población víctima del desplazamiento forzado.....	77
2.3.2. Autos de seguimiento de la Corte al estado de cosas inconstitucional.....	80
2.4. Ley 1448 de 2011. Ley de víctimas y restitución de tierras.....	84
2.4.1. Contexto de la ley: conflicto armado, procesos de paz; verdad, justicia y reparación.....	84
2.4.2. Contenido de la Ley.....	88
III. EN BUSCA DE UNA TENSIÓN: ¿RESPETA LA LEY 1448 DE 2011 EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD EN MATERIA DE DERECHOS PRESTACIONALES PARA LA POBLACIÓN VÍCTIMA DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO? UN ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD.....	92
1. Una revisión de la Ley 1448 de 2011.....	93
2. Artículo 60 de la Ley 1448 de 2011: derecho a la reparación integral.....	94
2.1. Premisa Mayor: los contornos del derecho a la reparación integral.....	94
2.1.1 La obligación de reparar en cabeza del Estado.....	96

2.1.2. El concepto de reparación integral como un deber progresivo a cargo del Estado	100
2.1.3. La reparación integral como camino a la reivindicación plena de la víctima ..	103
2.1.4. Legislación y jurisprudencia vigente en materia de reparación integral	107
2.2. Premisa Menor: el derecho a la reparación integral en el artículo 60 de la Ley 1448 de 2011.....	112
2.3. Conclusión	113
3. Artículo 125: Derecho a la Vivienda	116
3.1. Premisa Mayor: contornos del derecho a la vivienda	116
3.1.1. Desarrollo normativo del derecho a la vivienda.....	118
3.1.2. Desarrollo jurisprudencial.....	122
3.2. Premisa Menor: el derecho a la vivienda en el artículo 125 de la Ley 1448 de 2011	124
3.3. Conclusión	125
4. Artículo 51: Derecho a la Educación	126
4.1. Premisa Mayor: los contornos del derecho a la educación.....	126
4.1.1. Carácter prestacional del derecho a la educación.....	130
4.1.2. Desarrollo normativo	131
4.1.3. Desarrollo jurisprudencial.....	134
4.2. Premisa Menor: el derecho a la educación en la Ley 1448 de 2011.....	138
4.3. Conclusión	139
5. Artículo 60: Concepto de Víctima	141
5.1. Premisa Mayor: los contornos de la definición de víctima	141
5.1.1. Legislación y Jurisprudencia vigente respecto a la definición de Desplazado Interno	144
5.2. Premisa Menor: el concepto de víctima en la Ley 1448 de 2011.....	147
5.3. Conclusión	149
IV. CONSIDERACIONES FINALES.....	152
V. BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA	156
1. Libros	156
2. Revistas y Boletines.....	158
3. Cibergrafía	159
4. Normas y jurisprudencia.....	164

INTRODUCCIÓN

La presente monografía pretende desarrollar un análisis normativo de la Ley 1448 de 2011, de Víctimas y Restitución de Tierras desde la dogmática del principio constitucional de *progresividad y no regresividad*, atendiendo a la necesidad del Estado Constitucional de Derecho de mantener la vigencia de la Constitución y el respeto por los derechos fundamentales y sociales.

Lo primero de lo que se ocupa esta investigación es de describir la definición del principio, su estructura dogmática, y, a la luz de estas consideraciones, determinar el grado de justiciabilidad que tiene el principio en relación con las normas que desarrollan derechos prestacionales, para a continuación establecer si la invocación del principio basta como argumento normativo para decidir sobre la subordinación de una disposición a la Constitución, según la doctrina de la Corte Constitucional Colombiana. Termina la investigación haciendo un estudio constitucional, desde el principio de progresividad y no regresividad, de los artículos 9, 51, 60 y 125, de la reciente Ley 1448 de 2011, regulativos todos de derechos prestacionales de la población víctima del desplazamiento forzado, para concluir que, respecto de los cargos de violación al principio de progresividad, todos son inconstitucionales y, en consecuencia, deberían ser declarados inexecutable y salir del ordenamiento jurídico.

Ahora, es importante aclarar que si bien la Ley 1448 de 2011 es contentiva de una serie de normas de carácter prestacional para un universo bastante amplio de víctimas, los artículos elegidos para esta monografía se analizaron exclusivamente frente a la población víctima del desplazamiento forzado por dos razones principales: en primer lugar, porque ya existe un marco tanto normativo como jurisprudencial amplio que se ha encargado de regular la situación de esta población, por tanto, resulta necesario verificar si las nuevas estipulaciones están acordes con lo que previamente se había señalado en materia normativo-constitucional. En segundo lugar porque, a nuestro juicio, este es uno de los grupos poblaciones en situación de alta vulnerabilidad que más precisan de restablecimientos de derechos y recuperación de su estatus como sujetos de imputación jurídica, dado el drama vital que significa su posición actual.

Así, también motiva este estudio una especial sensibilidad social y política por un tema tan actual como el de las víctimas, especialmente de las víctimas del desplazamiento forzado a quienes la sociedad y el Estado deben recuperar su condición de sujetos de derecho y restablecer su dignidad porque no es justificable, ni política ni moralmente, que la humanidad permita tales episodios de desarraigo desalmado y estas condiciones de profunda iniquidad. Por eso es que surge el deber de protección al desplazado como sujeto vulnerable que “no es sólo pobre y dependiente sino antes y sobre todo, un paria político cuya voz no se oye

y su presencia es invisible por carecer de una representación política efectiva [...]”¹.

Con esto se responde al reto² de coordinación existente entre los diferentes sectores de la sociedad para dar un giro a tan injusto panorama, con la articulación de las fuerzas del Estado, de todo el sector público, de la academia y, por supuesto, de la ciudadanía –como veedora de la política pública en esta materia– sobre la cual pende especialmente la exigencia de actuar en derecho, en resistencia y solidaridad.

A partir de ese compromiso social, la tarea consiste en restablecer la dignidad humana a quienes les ha sido arrebatada con el despojo de la tierra de su propiedad y de los sueños de diferentes proyectos de vida que se contemplaban en un territorio y en un grupo familiar determinados. Y es aquí donde el derecho puede politizarse de nuevo y hacer parte de un análisis crítico de estas materias porque, también, el derecho es un dispositivo discursivo de tal potencia, que tiene la virtualidad de modificar las realidades, de suerte que tal análisis normativo se

¹ RESTREPO, Esteban, *¿Cómo garantizar justicia a los desplazados? El desplazado como paria. La garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del delito del desplazamiento forzado en Colombia*: En RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes-ACNUR-ASDI, 2009, p. 371.

² “Se destaca la creación de un verdadero campo socio-jurídico de análisis y discusión, en el que interactúan actores y procedimientos múltiples, pero decisivos todos a la hora de definir la suerte de esta crisis humanitaria” pie de página No. 82 en: LÓPEZ-MARTÍNEZ, Miguel Andrés. *Examen general de los alcances de la responsabilidad patrimonial del Estado en la política pública de desplazamiento forzado*. Revista Estudios Socio-jurídicos, 2011, 13, (1), p. 476.

constituye en un camino para el cambio social, que es el interés último detrás del análisis de constitucionalidad.

Por ello la intención de trabajar en esta dirección: principio de progresividad y derechos prestacionales en la reciente Ley de Víctimas, concentrándonos en el tratamiento dado por el legislador a la población víctima del desplazamiento forzado, pues además de tener una motivación en la relevancia social y política de la problemática, se parte también del reconocimiento de que el propósito es un análisis bajo el cual, aún, no se ha estudiado la Ley en trabajos académicos; y persuadidas de que la investigación social y jurídica debe estar comprometida con la ampliación de derechos y promover el respeto cada vez más asiduo de la Constitución, hemos decidido tomar este foco de análisis, esperanzadas en que a partir de allí se contribuirá, al menos desde la axiomática jurídica, a que los derechos de las personas víctimas de este fenómeno sean desarrollados tan ampliamente como corresponda. Con la convicción adicional de que se trata de ejecutar el rol dentro de la democracia participativa, con la responsabilidad de mantener la vigencia de la Constitución y el control sobre los órganos constituidos, y con la responsabilidad que trae un saber como el Derecho, que más que servir a los poderes, debe ser herramienta de acción ciudadana.

Todo lo anterior viene antecedido por una comprensión del Derecho que lo reconoce como herramienta de cambio social, y esta confianza no deviene solo por ser tributarios de la cultura legalista continental, que acepta que las

declaraciones normativas son la forma de establecer realidades políticas³, sino por el convencimiento de que las leyes (en sentido amplio) representan en el imaginario de nuestra sociedad una potente fuerza de transformación, cambio y seguridad, y, para algunos, quizá más entusiastas, de progreso. Ello se debe a la confianza que el Estado Liberal de Derecho dispensa a los ciudadanos, pues en su axiomática la ley es el lenguaje tanto de acción como de corrección de las actividades gubernamentales y de justiciabilidad de derechos y posiciones jurídicas por parte de la ciudadanía.

Tratándose del desplazamiento forzado, el *derecho* debe ser mucho más, debe ser un escenario para la reflexión y la lucha, para no permitir la sedimentación de las ideas que este resguarda, pues se requiere la confrontación con las realidades sociales y, para el caso de la presente investigación, con los dictados y promesas de la Constitución, de modo que la “*eficacia simbólica del Derecho*” se vea siempre revisada, pues tal “eficacia” es la forma como se calman los ánimos de los grupos desventajados por la normativización de sus problemáticas, que no agotan la satisfacción de las necesidades sino que, por el contrario, hace que se vean siempre postergadas⁴. De suerte que se procura salir de la zona de comodidad e indeterminación política haciendo una revisión de la producción legislativa y

³ A diferencia de comprensiones como la del Common Law. Para una teoría de los sistemas jurídicos, Cfr. DAVID, René. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Derecho Comparado*. Decimoprimer edición. México: Universidad Autónoma de México, 2010.

⁴ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993. En el mismo sentido, cfr. RODRIGUEZ GARAVITO, César. *Prólogo: Violencia, legalismo y fetichismo: el desciframiento de la paradoja colombiana*. En. LEMAITRE RIPOLL, Julieta. *El Derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes. 2009, p. 27.

jurisprudencial, pues no debe bastarnos la norma, sino que se precisa, además, una norma comprometida con el cambio y la superación de tan infames situaciones.

Es bajo esta interpretación del “*derecho como esperanza*”⁵, que el derecho puede ser un precepto para la comprensión de las realidades sociales, así como también el sentido y norte de las reivindicaciones políticas y económicas: “*como todo fetiche, el derecho tiene no sólo el poder negativo de engañar, sino también el poder creativo de dar sentido al mundo de los que creen en él*”⁶. De suerte que se quiera revisar la normatividad sobre desplazamiento forzado porque entendemos que allí hay una esperanza de cambio y como tal, debe construirse con la sublimidad que requiere la problemática, con tal responsabilidad y compromiso que haga a los ciudadanos volverse sobre sus instituciones –justas y medidas– para desarrollarse como los sujetos de derecho que promueve la Constitución. Esta creencia está también fundada en que en el Estado Constitucional de Derecho, grandes e importantes luchas se dan en el escenario del derecho, con una *movilización legal*⁷ y constitucional.

⁵ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993.

⁶ RODRIGUEZ GARAVITO, César. *Prólogo: Violencia, legalismo y fetichismo: el desciframiento de la paradoja colombiana*. En. LEMAITRE RIPOLL, Julieta. *El Derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes. 2009, p. 20.

⁷ A propósito del concepto, cfr. McCANN, Michael. *Legal Mobilization and Social Movements: Notes on Theory and Its Applications*. Studies in Law, Politics and Society, 1991.

Aunque los trabajos referentes al principio de progresividad son numerosos, no lo es tanto la revisión constitucional de la Ley de Víctimas desde esa perspectiva, debido quizá a su reciente expedición. En materia de control constitucional, al tiempo de redacción de este informe final, reposa en la Corte una demanda de inconstitucionalidad de la ley impetrada por el congresista Iván Cepeda y otros, mediante la que se demanda varios artículos. Nos llamó especialmente la atención los cargos propuestos por los accionantes, que tienen como fundamento el principio de progresividad y, seducidas por la dogmática del principio y necesitadas de la delimitación de nuestra investigación, decidimos tomar los mismos artículos de la demanda (con ese específico cargo de inconstitucionalidad) para ampliar su estudio. Es de este modo que tenemos una problemática concreta, de relevancia política y jurídica y que no parte de meras especulaciones sino de un debate que se está librando en las más altas esferas del derecho constitucional.

Finalmente, el marco metodológico de la presente monografía parte de la pregunta por los usos y contenidos del *principio de progresividad* en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y su relación con la actividad legislativa, específicamente la desarrollada en la Ley 1448 de 2011 en cuanto contentiva de derechos sociales para la población víctima del desplazamiento forzado. A partir de allí se desarrolló una investigación *cualitativa* para entender los significados de las relaciones que se creen problemáticas entre el principio de progresividad y la

Ley 1448; se describió el estado de esta relación y sus consecuencias en términos de constitucionalidad y exequibilidad.

Por último, es importante aclarar que se trató de una investigación de nivel exploratorio, eminentemente *documental* y que usó como técnicas de recolección de información el *análisis documental* y el *análisis de contenido*⁸ de las fuentes bibliográficas seleccionadas, consistente en establecer la presencia de los conceptos relevantes para la investigación en ellas y las formas como los diferentes autores dan desarrollo y alcance a la problemática. Como instrumentos se utilizaron las fichas bibliográficas, mapas mentales, mapas conceptuales y matrices, para almacenar, recopilar y clasificar la información de las fuentes bibliográficas.

⁸ GALEANO MARÍN, María Eumelia. *Estado del arte sobre fuentes documentales en investigación cualitativa*. Medellín: Facultad de ciencias sociales y humanas, Universidad de Antioquia. 2000. P. 38.

I. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD: UNA HERRAMIENTA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS, UN LÍMITE AL LEGISLADOR

La distribución ordenada del poder en distintos departamentos; la introducción de frenos y contrapesos legislativos; la institución de tribunales integrados por jueces que conservarán su cargo mientras observen buena conducta; la representación del pueblo en la legislatura por medio de diputados de su elección; todos éstos son descubrimientos modernos o que se han perfeccionado principalmente en los tiempos modernos. Son otros tantos medios, medios poderosos para conservar las sobresalientes ventajas del gobierno republicano y aminorar o evitar sus imperfecciones.

(El Federalista IX, p. 32, 33)

1. Derechos Sociales en el Estado Social de Derecho

El Estado Social de Derecho, forma de Estado de la República Colombiana⁹, se compone de las fórmulas económicas liberales que aceptan el modelo de mercado como sistema económico básico, sistema que se buscará corregir en una dirección igualitaria a través de diversas formas de intervención institucional, primariamente, a través de la llamada justiciabilidad de los *derechos sociales*.

Este es un modelo de Estado que parte de dos sospechas elementales: los individuos no son necesariamente un colectivo altruista movido por objetivos sociales y el mercado no puede autorregularse¹⁰; de esta manera el Estado Social requiere la revisión de las tesis clásicamente liberales, y por esta vía llegó a fundar dos importantes comprensiones al interior del Estado. La primera es la idea de que el referente primario ya no es la *libertad* sino la *autonomía* de los individuos¹¹, pues la orientación unilateral de la libertad, es decir, agrupar todos los derechos como derechos de la libertad, es una comprensión imprecisa, en tanto derechos como la vida, por ejemplo, no podrían ser entendidos como derechos de libertad.

⁹ Constitución Política de Colombia, Título I: De los Principios Fundamentales, Artículo 1. **Colombia es un Estado social de derecho**, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Negrillas fuera de texto).

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. Referencia: Expediente T-778. Peticionario: José Manuel Rodríguez R. Procedencia: Tribunal Administrativo de Bolívar. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Bogotá, junio 5 de 1992.

¹¹ TUGENDHAT, Ernst. *Lecciones de Ética*. Barcelona: Gedisa, 2001. pp. 342-343.

Es de esta forma que no puede anteponerse la libertad a la lista de los derechos fundamentales, aunque ésta sea, a no dudarlo, un bien central.

La segunda comprensión de gran importancia, es que los derechos no son tan solo los de libertad negativa –derechos civiles y políticos– sino que el espectro debió abrirse a los derechos sociales¹², derechos a acciones positivas o derechos de libertad ampliada como escribe Alexy¹³, cuyo contenido propende (entre otros) por el acceso a un mínimo –“el mínimo como mínimo”– para construir condiciones de vida digna y para alcanzar circunstancias fácticas tales que hagan posible el disfrute de los derechos civiles y políticos –la *libertad fáctica* en términos de ALEXY¹⁴–. Es por esto último que los derechos sociales, bajo estas consideraciones, pueden ser tenidos como derechos fundamentales¹⁵, pues si el objeto de los derechos fundamentales es garantizar jurídicamente los asuntos de la máxima importancia para el individuo y permitir así el desarrollo pleno de su personalidad y capacidades al interior de una comunidad social, es totalmente

¹² Los derechos sociales son, para Fernando Atria, las formas políticas como el liberalismo hizo frente a las reivindicaciones comunistas de mayor redistribución y solidaridad. Al respecto, cfr. ATRIA, Fernando. *¿Existen Derechos Sociales?* (internet) Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/existen-derechos-sociales-0/>. Consultado el 21/04/2011.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. P.193 - 194

¹⁴ *Ibíd.* P. 494.

¹⁵ Frente a la fundamentalidad de los llamados DESC, existen múltiples discusiones tanto académicas como jurisprudenciales que esta monografía no puede obviar. De un lado, es posible encontrarse con la tesis que propone la clásica distinción entre derechos de primera y segunda generación, trayendo como consecuencia la fundamentalidad solo de los primeros. Cfr. Acápito 1.1. En el otro extremo se encuentra quienes afirman, como el presente trabajo lo sostiene, que tal distinción no debe darse en un Estado Social de Derecho que en teoría propende por lograr de sus ciudadanos el goce efectivo de sus derechos. En este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado en sentencias como la C-1064 de 2001 y la T-406 de 1992, que la razón de ser de los derechos sociales radica en la necesidad de su mínima satisfacción como conditio sine qua non para el goce pleno de los derechos clásicos de libertad e igualdad.

justificable la idea de que los derechos sociales, garantes de una libertad fáctica, sean comprendidos como tales¹⁶. La Corte Constitucional suscribió, en similar sentido, el carácter fundamental de los derechos sociales en la sentencia T-760 de 2008, Magistrado Ponente: Manuel José Espinosa, con ocasión del derecho a la salud¹⁷.

Dar el sitio descrito a los derechos sociales en el Estado Social de Derecho está en plena sintonía con el compromiso de entender la autonomía, y no solo la libertad, como fundamento moral de los derechos. De este modo, los derechos sociales entendidos como las condiciones materiales necesarias para la realización de los derechos políticos y no solo como medios para garantizar una menor desigualdad en las condiciones políticas y económicas¹⁸, fueron un intento

¹⁶ Ya el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", suscrito en 1988, acaricia esta idea. En uno de sus considerandos señala: "Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros".

¹⁷ Dijo la Corte en esa oportunidad: "El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. A continuación, pasa la Corte a delimitar y caracterizar el derecho a la salud, en los términos en que ha sido consignado por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la Ley y la jurisprudencia."

¹⁸ Al respecto dice el profesor Francisco Cortés Rodas: "La legitimidad de un Estado, desde la perspectiva de la Justicia Social, requiere el reconocimiento de un nuevo conjunto de derechos; a saber, derechos económicos y sociales, que aseguran para todos las condiciones necesarias para la realización de una vida humana digna". CORTÉS RODAS, Francisco. *Los derechos humanos sociales. Consideraciones sobre*

de aminorar el ímpetu del capitalismo sin salir ni de la democracia ni de las concepciones individualistas, con lo que se desvanece un poco la marcada distinción entre lo individual y lo social, cuando acepta limitaciones, anteriormente insospechadas a los derechos políticos y civiles, como el de la propiedad privada.

La Corte Constitucional Colombiana interpreta en este sentido la fórmula del Estado Social de Derecho¹⁹, asegurando que dicha calidad trae como corolario la ampliación del catálogo de los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales para todos los ciudadanos –contenidos directamente en la Constitución, en el bloque de constitucionalidad y desarrollados en la jurisprudencia–. En consecuencia, la actividad permanente del aparato estatal debe estar dirigida a garantizar la vida digna de la ciudadanía (autonomía, cfr. cita No. 2), entendiendo que *“las autoridades están obligadas a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores más marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, y a*

su fundamentación a la luz del liberalismo y del igualitarismo. En: Estudios Políticos. Revista del Instituto de Estudios Políticos, U. de A., N° 15, Medellín, Julio – Diciembre 1999. pp. 109 – 126. P. 119.

¹⁹“La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del **Estado bienestar** (welfare State, stato del benessere, L’Etat Providence) y lo segundo bajo el tema del **Estado constitucional democrático**. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente. [...] Por un lado (sic)” el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975).” Por el otro (sic), “El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”. Sentencia T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón (negrilla fuera de texto).

*estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad*²⁰, en búsqueda permanente de que la igualdad y la libertad sean reales y efectivas, cometido básico de los derechos sociales.

2. Principio de progresividad y protección de los Derechos Sociales en la Jurisdicción Constitucional

La Jurisdicción Constitucional es, para los Estados Constitucionales de Derecho, típicos de la contemporaneidad, componente sustancial y característico, pues es a través de su actividad judicial que el principio de la *supremacía constitucional* puede mantener su vigencia y con él, el respeto y prevalencia de los derechos que en la Constitución están comprendidos. Este escenario es posible dada la alegre asunción de que la Constitución es *norma de normas* y que sus postulados deben iluminar todo el espectro de la actividad estatal²¹ pues, como bien lo señala el autor LUIGI FERRAJOLI, estar en un Estado de Derecho supone, necesariamente, la sujeción de las actuaciones al interior del Estado a los patrones formales y legales pero, especialmente, a los contenidos sustanciales de la Constitución²².

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C- 272 de 2009. Referencia: expediente D-7670. Accionante: Hernán Antonio Barrero Bravo. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 860 de 2003. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Bogotá, D. C., catorce (14) de octubre de dos mil nueve (2009).

²¹Incluido de forma especial el poder legislativo, por contener la Constitución una acción especial para el control de su actividad: la acción de inexequibilidad por inconstitucionalidad.

²²FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. En: Revista internacional de filosofía política. Madrid. Numero 17, Julio 2001. Págs. 31. (internet) Consultado el 22/09/2011 23:12 Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>.

En la tarea de defensa de la supremacía constitucional, esencial al Estado Constitucional de Derecho²³, la Corte Constitucional como órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional desarrolla, entre otros, el *control concentrado* de la normatividad expedida por el órgano legislativo como constituyente derivado y como legislador extraordinario, esto es, adelanta el control de las normas ordinarias en cuanto a sus contenidos materiales y a sus vicios formales (art. 241, numeral 4, C.P); de los actos legislativos solo por vicios de procedimiento en su formación²⁴ (art. 241, numeral 1, C.P); y de los decretos con fuerza de ley (art. 241, numeral 5, C.P), aquellos que el Presidente de la República expide en uso de las facultades extraordinarias concedidas por el congreso, de conformidad con el art. 150, numeral 10 de la C.P.

Como resultado de la tarea de control concentrado de constitucionalidad, la doctrina de la Corte, basada tanto en las disposiciones de la Carta como en el Bloque de Constitucionalidad²⁵ (art. 93 C.P.), se ha dispuesto a desarrollar

²³ Dice la Corte Constitucional en sentencia C-560 de 1999, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz: “El control constitucional surge entonces, como una garantía básica dentro del Estado de derecho con el fin de hacer efectivo el principio de integridad y supremacía de la Constitución”.

²⁴ Al respecto importa mucho aclarar que la Corte Constitucional, en sentencia C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, donde se estudió la constitucionalidad de la ley 796 de 2003 de convocatoria a Referendo, desarrolló la teoría de la “*Sustitución de la Constitución*” y los “*límites competenciales*”, lo que para algunos teóricos significa formas para hacer control material de los actos reformativos de la constitución. CAJAS SARRIA, Mario Alberto. *La Reforma Constitucional: Límites de la Corte al Congreso*. (internet) Consultado el 17/09/2012 03:20 Disponible en: Fundación para el estudio y la difusión del Derecho Comparado <http://www.derecho-comparado.org/Colaboraciones/cajassarriareformaconstitucional.html>.

²⁵ “Así pues, según el profesor Ramelli, el bloque [de constitucionalidad] *lato sensu* está integrado por disposiciones que tienen un rango constitucional. Su función es la de servir de referente necesario para la creación legal y para el control constitucional y estaría conformado por el articulado de la Constitución (incluido el preámbulo, las leyes estatutarias, las leyes orgánicas, algunos tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que admiten ser limitados bajo estados de excepción, y los instrumentos

mecanismos y técnicas expresadas las más de las veces bajo la forma de *principios* que guían el análisis y las fronteras del control, en aras de brindar seguridad jurídica y, principalmente, de buscar siempre la máxima amplitud de protección de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales; todo ello menester en tanto y en cuanto las normas constitucionales, obligatorias como son, carecen de una formulación tipo regla que haga espontánea su aplicación²⁶, de suerte que se precisa de una teoría de interpretación para determinar su alcance y contenido.

Bajo este marco, resulta pertinente introducir la importancia que tienen los principios constitucionales en el Estado Social de Derecho para la hermenéutica y creación jurídica. Dicha importancia radica en la dotación de coherencia y de seguridad al ordenamiento, la limitación del poder previniendo arbitrariedades ilegítimas y la garantía para los ciudadanos de sus derechos y del trabajo estatal

internacionales sobre límites. En contrapartida, el segundo (el bloque *stricto sensu*), comprende aquellos principios y reglas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, como es el caso de los tratados internacionales de DIH (artículo 93 de la Constitución) y aquellos sobre derechos humanos que no admiten suspensión durante situaciones de anormalidad". OLANO, GARCÍA, Hernán Alejandro. *El bloque de constitucionalidad en Colombia*. En: Revista de Estudios Constitucionales, Chile: Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, pp. 231 – 242. Sobre el concepto *Bloque de Constitucionalidad* en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cfr. las sentencias: C-225 de 1995, Referencia: Expediente No. L.A.T.-040. Revisión constitucional del "Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)" hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Y la sentencia C- 578 de 1995, Referencia.: Proceso D-958 Actor: Jaime Córdoba Triviño. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 15 (parcial) del Decreto Ley 85 de 1989. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Santa Fe de Bogotá, D.C., Diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

²⁶ Acerca de la característica del máximo grado de indeterminación de las normas constitucionales, cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. P. 35.

por la prevalencia de un orden justo; además que el derecho mismo se nutre de significado, sentido, propósito y finalidad a partir de la guía de los principios

Es de este modo como en aplicación del Bloque de Constitucionalidad en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Corte de forma reiterada se ha dado a la tarea de analizar el *principio de progresividad*, llamado también prohibición de retroceso o principio de no regresividad²⁷, consistente en la imposibilidad de las autoridades de menguar, en principio, el desarrollo alcanzado por un derecho social cuando este ha llegado a un nivel de protección determinado²⁸, ello debido a que la axiomática del Estado Social tiene como compromiso el desarrollo sistemático y progresivo de los derechos sociales, de lo que se desprende, con meridiana claridad, que una vez alcanzada una forma específica del contenido de los derechos, beneficiosa para los ciudadanos, no le está dado a las autoridades –específicamente al legislador– retroceder en estos desarrollos.

A partir de este principio, entonces, se puede evidenciar dos situaciones, *i)* que el reconocimiento constitucional de la progresividad en la cobertura universal lleva aparejada la creencia de la imposibilidad, aceptada por el constituyente, de

²⁷ UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, Diana. *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana.* (internet). En: Publicaciones DeJuSticia. Consultado el 19/09/2012 20:30. Disponible en: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=derechos_sociales&publicacion=180. P. 1

²⁸ *Ibíd.* P. 1

cumplir cabalmente con los derechos de manera temprana²⁹ y, *ii*) cuando se han aplicado correctivos normativos al ejercicio y desarrollo de los derechos sociales, aparece, por virtud del principio, una prohibición al legislador de desmejorar esas condiciones, naciendo con ello una importante limitación a su libertad de configuración normativa. Al respecto dijo la Corte Constitucional en sentencia C-671 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett³⁰:

Finalmente, el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. **Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional.**(Negrillas fuera del texto)

El principio de progresividad se erige, entonces, como un patrón de análisis de la normatividad sobre los derechos sociales, que ayuda a darle firmeza a las disposiciones mediante las que se han desarrollado, a la vez que se comporta como límite del legislador.

²⁹ CASTILLO CADENA, Fernando. *Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: Una perspectiva desde el análisis económico*. En: Universitas, jul – dic, No. 112, 2006. PP. 111 - 147. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. P. 127.

³⁰ La Sentencia C-671 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett, condicionó la constitucionalidad del parágrafo 3º del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000, y precisó que los padres de ciertos miembros de la Fuerza Pública podían continuar siendo beneficiarios del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía, siempre y cuando no tuvieran la posibilidad de ser beneficiarios de otro sistema de seguridad social en salud.

2.1. Normatividad y jurisprudencia interna sobre el principio de progresividad

El principio de progresividad se encuentra consagrado en los artículos 1³¹, 2³², 13³³, 48³⁴, 334³⁵ y 366³⁶ de la Constitución Política Colombiana. Grosso modo,

³¹ Artículo 1. **Colombia es un Estado social de derecho**, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, **fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.** (Negrillas fuera de texto)

³² Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Negrillas fuera de texto)

³³ Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. **El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.** (Negrillas fuera de texto)

³⁴ Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. **El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.** La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante. [...] Para la protección y aplicación de los derechos. (Negrillas fuera de texto)

³⁵ Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. **En cualquier caso el gasto público social será prioritario. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos.** [...] (Negrillas fuera de texto).

³⁶ Artículo 366. **El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado.** Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades

desarrolla importantes corolarios de la Constitución, pues encuentra su estructura en el respeto de la dignidad humana, la solidaridad de la nación, la prosperidad general, la vigencia de un orden justo, la promoción de la igualdad real y efectiva, la ampliación de la cobertura en la seguridad social, el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos a todas las personas –en particular a las de menores ingresos– y en la prioridad del gasto público social sobre cualquier otra asignación. Como se ve, es un principio de raigambre constitucional, que se encuentra en plena sintonía con valores y actividades constitutivas del orden social que se fundó a través del Estado Social de Derecho y de la Constitución Política de 1991.

La jurisprudencia constitucional ha dotado de sentido hermenéutico y de pautas de aplicación a tal principio en materia de derechos constitucionales³⁷. Al respecto la Corte Constitucional identifica dos obligaciones para el Estado que emanan del principio. La primera, de carácter positivo, consiste en la adopción de medidas que

insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, **el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.**(Negritas fuera de texto).

³⁷ Es común que en materia de progresividad se entienda que el deber del Estado de adoptar acciones positivas, encaminadas al logro de la igualdad real de oportunidades y condiciones de vida, esté dirigido a los derechos de segunda generación o DESC, sin embargo, la Corte ha señalado que “[...] en un Estado social de derecho los deberes de las autoridades anteriormente mencionados no se circunscriben a los derechos llamados de segunda generación. Por el contrario, en determinadas circunstancias el goce efectivo del derecho a la vida en condiciones de dignidad y de otras libertades básicas puede depender de acciones positivas de las autoridades para garantizar la dimensión prestacional de tales derechos y libertades. Tales acciones positivas, cuando están dirigidas a responder a las necesidades de muchas personas, pueden desarrollarse progresivamente para garantizar la efectividad de la faceta programática y prestacional de un derecho constitucional, siempre que los mínimos de satisfacción hayan sido asegurados a todos”. Corte Constitucional. Sentencia T- 025 de 2004. Referencia: T-653010 y acumulados. Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña, Agripina María Núñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, y otros. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D. C., veintidós (22) de enero de dos mil cuatro (2004).

contribuyan al logro de la igualdad real y que den cumplimiento a los mandatos constitucionales (incluido aquí, naturalmente, las disposiciones del Bloque de Constitucionalidad) para la satisfacción *progresiva* de los derechos económicos, sociales y culturales; la otra obligación es de carácter negativo y se refiere al compromiso de abstenerse de promover o ejecutar medidas regresivas en materia de DESC que agraven la situación de injusticia –leída en términos de exclusión, marginación y vulneración de derechos fundamentales– que se ha pretendido corregir con anterioridad. Debe anotarse que ya la Corte en diversas oportunidades ha señalado que el principio de progresividad no tiene carácter potestativo para el Estado, es decir, su adopción es obligatoria y no hay lugar a la justificación de la inactividad estatal en materia del desarrollo progresivo de los derechos. Así, en la Sentencia C- 038 de 2004 M.P.: Eduardo Montealegre Lynett, señala la Corte Constitucional que:

[E]n plena armonía con la jurisprudencia y la doctrina internacional sobre el tema, [se] ha señalado que el mandato de progresividad en materia de derechos sociales no tiene un contenido puramente retórico ni debe ser entendido como una justificación de la inactividad del Estado en la protección de esos derechos, ya que tiene implicaciones jurídicas específicas, destinadas a lograr una sociedad más justa, que logre erradicar las injusticias presentes, tal y como lo ordena el artículo 13 superior. En particular, el mandato de progresividad implica que el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de esos derechos.

2.2. Normatividad y Jurisprudencia Internacional sobre el principio de progresividad

La positivización del principio de progresividad en la Carta Política no obedece, tan solo, a la disposición y voluntad del Constituyente respecto de la perspectiva evolutiva de los Derechos Sociales, como compromiso indeleble del orden establecido, sino que aparece como desarrollo de la normativa internacional, quizá allí de forma más categórica.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969), se encuentra contemplado en el artículo 26º:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Así también en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A –XXI–, de 16 de diciembre de 1966) en el artículo 2.1:

(...) cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Se desprende de lo anterior, la obligación de los Estados Partes de garantizar la *progresividad* de los DESC y, como consecuencia, la *prohibición de regresividad* de la normativa que los desarrolla³⁸, con lo que se incluye en la comprensión de estos derechos una hermenéutica “gradual” para la puesta en aplicación de las medidas adecuadas y, además, lleva a comprender la *progresividad* como una característica de los Derechos Humanos Fundamentales³⁹.

También el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su décimo octavo período ordinario de sesiones, en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988), consagra en su artículo 1° la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias con el fin de lograr de manera progresiva la plena efectividad de los DESC:

³⁸ TOLEDO TORIBÍO, Omar. *El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral*. En: Derecho y cambio social. (internet) Disponible en: http://www.derechocambiosocial.com/revista023/progresividad_y_regresividad_laboral.pdf. Consultada el 19/09/2012, pp. 1, 2.

³⁹ *Ibíd.* P. 2.

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A -XXI-, de 16 de diciembre de 1966) contempla en el artículo 4° el principio de *irreversibilidad*, un complemento del principio de progresividad gracias a una lectura armónica de la normativa. También lo desarrolla el ya citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 4°, con lo que se evidencia un amplio tratamiento del tema, erigiendo una característica positiva: la progresividad, y una negativa: la prohibición del retroceso, como elementos sustanciales del contenido de los DESC y como serios compromisos de los Estados en su desarrollo.

Ahora, en materia jurisprudencial también han sido múltiples los pronunciamientos de las Cortes Internacionales sobre la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas encaminadas al cumplimiento progresivo de los derechos

establecidos en el PIDESC, en la Convención Americana y en el Protocolo de San Salvador.

En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, este ha entendido la obligación de progresividad de los Estados como:

[L]a adopción de una política pública que considere a los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos cuya realización completa, en general, no puede darse rápidamente y que por ello requieren de un proceso durante el cual cada país avanza con distintos tiempos hacia el logro de la meta. Este principio invalida las medidas regresivas, salvo casos extremos justificables, y descalifica la inacción.⁴⁰

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha ido entendiendo que si bien la obligación de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales admite un margen de flexibilidad para su cumplimiento total, se constituye igualmente como un verdadero derecho justiciable y no solo como un ideal que deben perseguir los Estados.

Esta posición comienza a vislumbrarse en el litigio conocido como “Cinco pensionistas VS Perú”⁴¹, que constituye uno de los primeros pronunciamientos de la Corte Interamericana sobre el principio de progresividad contenido en el artículo

⁴⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “*Lineamientos para la elaboración de Indicadores de Progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”. Párrafo 2.

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003.

26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dado por el Juez Sergio García Ramírez en su voto razonado, donde advirtió que los DESC tienen una dimensión tanto colectiva como individual y esta última, a su vez, necesariamente se traduce en una titularidad individual del derecho. Dijo en esa oportunidad el juez:

A mi juicio, el tema no se resume en la mera existencia de un deber a cargo del Estado, que deberá orientar sus tareas en el sentido que esa obligación establece, teniendo a los individuos como simples testigos a la expectativa de que el Estado cumpla el deber que le atribuye la Convención. Esta constituye una normativa sobre derechos humanos, precisamente, no apenas sobre obligaciones generales de los Estados. La existencia de una dimensión individual de los derechos sustenta la denominada “justiciabilidad” de aquellos, que ha avanzado en el plano nacional y tiene un amplio horizonte en el internacional⁴².

En este mismo sentido seis años mas tarde, en el caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs Perú⁴³, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ratificó el voto razonado del Juez Sergio García al afirmar que la plena efectividad de los DESC requiere que los Estados partes de la

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Cinco pensionistas VS Perú”, febrero 28 de 2003. Voto Concurrente Razonado del H. Juez Sergio García Ramírez. Capítulo 3, p. 92. (Internet) Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_98_esp.pdf. Consultado el 10/10/2012. En esta sentencia, la Corte Interamericana analiza si fue violado el artículo 51 de la Convención Americana por el Estado del Perú debido a la modificación en el régimen de pensiones que los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez y Maximiliano Gamarra Ferreyra (“los cinco pensionistas”) venían disfrutando conforme a la legislación peruana hasta 1992. La Corte decidió sobre la violación de los artículos 21 (Derecho a la Propiedad Privada), 25 (Protección Judicial) y 26 (Desarrollo Progresivo) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno).

⁴³En el caso Acevedo Buendía y otros vs Perú, la Corte Interamericana entró a resolver la situación de 273 jubilados de la Contraloría de Perú, a quienes injustificadamente se les redujo los montos de sus respectivas pensiones entre los años de 1993 a 2002.

Convención, reconozcan que estos constituyen verdaderos derechos de los ciudadanos por lo que su implementación progresiva podrá ser objeto de rendición de cuentas e igualmente podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver las violaciones a los derechos humanos⁴⁴.

Ahora, para establecer la responsabilidad de los Estados frente al artículo 26 de la Convención Americana y, en general, frente a los convenios que consagran el principio de progresividad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido dos parámetros esenciales: la prohibición de inacción y la invalidez de las medidas deliberadamente regresivas⁴⁵.

Este mandato se ve ampliado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 3: “*La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art.2 del Pacto)*” donde se da contenido al artículo 2° del PIDESC (Cfr. p. 18). Así, en el numeral noveno de las observaciones, el Comité afirma que la expresión “progresividad” no puede ni debe entenderse jamás como una obligación vacía de contenido en la medida en que consagra un dispositivo de flexibilidad para el pleno alcance del derecho, sino que por el contrario:

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs Perú”, julio 01 de 2009. (internet) Disponible en: http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_198_esp.pdf. Consultado el 10/10/2012, párr. 102, p. 33.

⁴⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. (Internet). Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Lineamientos%20final.pdf>. Consultado el 10/10/2012. Párr. 2, p. 5.

Esta impone [...] una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga⁴⁶.

Con lo anterior, queda sentado que el principio de progresividad se entiende, en la normativa internacional, como patrón tanto de validez como de interpretación de las normas contentivas de derechos sociales, económicos y culturales, y por tanto, es un elemento indispensable en el análisis de contenido de estas normas, queriendo establecer con ello una pauta para la siempre mejora en las condiciones de vida de las sujetos y en el camino de perfectibilidad de nuestro modelo de Estado.

2.3. Contenido y alcance del principio de progresividad

Se ha sostenido ya que del principio de progresividad se desprende un deber positivo a cargo del Estado, consistente en adoptar medidas, programas y políticas públicas en procura del desarrollo progresivo de los DESC, para el logro de la igualdad real y el orden justo; no obstante, resulta comprensible –para el

⁴⁶ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1° del artículo 2° del Pacto), U.N. Doc. E/1991/23, Quinto Período de Sesiones, 1990, (internet). Disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CESCR+Observacion+general+3.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CESCR+Observacion+general+3.Sp?OpenDocument), párr. 9.

Constituyente y para la Comunidad Internacional– que el Estado requiera de cierta *gradualidad* para la implementación de dichas medidas, ello a condición de respetar algunas necesidades de contexto⁴⁷. En primer lugar, el Estado deberá tener prioridad con las necesidades de los sectores más vulnerables, esto es, las necesidades de grupos humanos cuyas condiciones, sin haber sido elegidas, limitan el acceso a las garantías mínimas para realizar plenamente sus derechos⁴⁸, así como quedó dicho en la sentencia T-025 de 2004 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa:

[L]a progresividad se predica del goce efectivo del derecho y por lo tanto, no justifica excluir grupos de la sociedad de la titularidad del mismo. En la medida en que ciertos grupos sociales, por sus condiciones físicas, culturales o socioeconómicas, sólo pueden gozar plenamente de una prestación amparada por un derecho si el Estado adopta políticas que comprometen recursos públicos y exigen medidas de orden administrativo, el carácter progresivo de estas prestaciones impide que el Estado sea completamente indiferente a las necesidades de tales grupos puesto que ello equivaldría a perpetuar su situación de marginamiento, lo cual es

⁴⁷ NASH ROJAS, Claudio, *Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales*. Estudios Constitucionales, Año 9, N° 1, 2011, pp. 65 - 118. ISSN 0718-0195, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

⁴⁸ PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo. *Población desplazada: entre la vulnerabilidad, la pobreza y la exclusión*. Bogotá: Red de Solidaridad Social y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, marzo de 2004, pp. 19 a 22. Citado por: CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-068 de 2010 M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Continúa la Corte: “En otras palabras, este autor señala que una persona se encuentra en condiciones de vulnerabilidad « (...) cuando existen barreras sociales, políticas, económicas y culturales que impiden que, por sus propios medios, esté en capacidad de agenciar (realizar) las condiciones para su propio desarrollo y el de las personas que dependen económicamente de ella». Por su parte, Moser indica que« (...) la vulnerabilidad, más que una expresión de la debilidad manifiesta de los individuos –como la interpretan algunas corrientes conservadoras–, es una situación que, siendo exógena al individuo, le genera perjuicios y le deteriora los activos económicos y sociales para auto sostener un proyecto de vida»”.

incompatible con los principios fundamentales en que se funda una democracia participativa⁴⁹.

En segundo lugar, las medidas que tome el Estado siempre deberán estar encaminadas al avance en el cumplimiento de sus obligaciones prestacionales y no dar lugar a un desarrollo regresivo, a menos que esté legítimamente justificado según el *test de proporcionalidad*⁵⁰ que se aplica a cada caso concreto para establecer si tal regresión resulta legítima y constitucionalmente justificada; es así como la progresividad de ciertos derechos prestaciones requiere que el Estado incorpore en sus políticas los recursos y las medidas encaminadas a avanzar de manera gradual al fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos⁵¹.

Y en tercer lugar, explica la Corte también en la sentencia T-025 de 2004, que el Estado debe definir la magnitud de los compromisos que adquiere con las personas en materia de derechos y debe determinar, también, el ritmo con el cual avanzará en su cumplimiento, todo esto de forma seria y pública, sustentadas en un proceso decisorio *racional* que estructure una política pública susceptible de

⁴⁹ Esta regla de progresividad, que se encuentra a tono y en iguales términos dogmáticos con las definiciones de la normativa internacional y con la misma jurisprudencia de la Corte de años anteriores, es la regla que se estableció para el análisis de las medidas normativas para la población desplazada en Colombia, en términos de progresividad y no regresividad.

⁵⁰ Corte Constitucional en sentencia C- 671 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett. También el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la “*Observación General No. 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (art 12)*” del 11 de mayo de 2000, señaló que cuando el Estado aplique algunas medidas que limiten el goce pleno de un derecho como el de la salud, que reduzca la protección ya existente, tendrá que demostrar que “*se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles*” Disponible en: http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN14, párr. 32, consultado el 05/11/2012.

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025 de 2004. *Ob. Cit.*

ser implementada y controlada, y de leyes con carácter vinculante, de tal suerte que los interesados puedan exigir, por vía judicial, el cumplimiento de las prestaciones correspondientes.

Haciendo énfasis en la comprensión de la progresividad en materia de desplazamiento forzado, la Corte Constitucional en la precitada sentencia, anotó:

El principio de progresividad se entiende, desde una perspectiva contraria, como la imposibilidad jurídica en la cual se encuentra el Estado de retroceder frente a la obligación que le plantea el artículo 48 de la constitución de “...*ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley*”. Esto significa que la potestad configurativa que le concede el mismo artículo (en la forma que determine la ley), en relación con las personas desplazadas, en el contexto de este principio plantea al Estado una doble exigencia: 1) de un lado, la necesidad de atender las crecientes e imperativas necesidades de estas personas que con el paso de los días se multiplican geométricamente, y 2) del otro, la exigencia perentoria de no retroceder, de no dar un paso atrás para menoscabar o desconocer los avances que en materia de derechos la población desplazada haya logrado alcanzar o el evitar tomar medidas que incidan en un mayor detrimento de su situación.

El interés de esta relación jurisprudencial sobre el principio de progresividad, a más de resaltar su relevante función en la hermenéutica jurídica constitucional, descansa en la premisa que este no solo sirve como guía interpretativa para el agente de control jurídico, sino que, como principio constitucional (comprendido en

la carta nacional, en el bloque de constitucionalidad y en los desarrollos jurisprudenciales nacionales e internacionales) enmarcado dentro del Estado Social de Derecho, se convierte en un mandato que comprende tanto obligaciones negativas –prohibición del retroceso– como positivas –legislación gradual– para los órganos constituidos al interior del Estado: ejecutivo, en tanto su potestad reglamentaria; judicial, en tanto su deber como juez constitucional y legislativo, para el contenido de las leyes.

Así, por ejemplo, el legislador en la Ley 1448 de 2011 introdujo el principio de progresividad en materia de regulación de víctimas que a su vez incluye a los desplazados por la violencia y, en su artículo 17 lo definió como sigue:

Supone el compromiso de iniciar procesos que conlleven al goce efectivo de los Derechos Humanos, obligación que se suma al reconocimiento de unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de esos derechos que el Estado debe garantizar a todas las personas, e ir acrecentándolos paulatinamente.

También la precitada Ley, en su artículo 27, recuerda la aplicación del Bloque de Constitucionalidad, asegurando que su texto normativo

[E]xpresamente reconoce la prevalencia de lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia sobre Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos, que prohíben su limitación durante los estados de excepción, por formar parte del bloque de

constitucionalidad. En los casos de reparación administrativa, el intérprete de las normas consagradas en la presente ley se encuentra en el deber de escoger y aplicar la regulación o la interpretación que más favorezca a la dignidad y libertad de persona humana, así como a la vigencia de los Derechos Humanos de las víctimas.

3. Justiciabilidad constitucional del principio de progresividad

A pesar de la múltiple jurisprudencia y normatividad citada anteriormente, en donde se presenta el principio de progresividad como una verdadera obligación a cargo del Estado, tanto por su dimensión positiva como negativa, esta investigación no puede pasar por alto la discusión doctrinaria que efectivamente existe sobre la eficacia del principio en términos de justiciabilidad. Así, la pregunta fundamental que se aborda en este acápite se encuentra íntimamente relacionada con la posibilidad de apelar al Principio de Progresividad y a la Prohibición de Regresividad como herramientas jurídicas efectivas en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en la Carta Constitucional.

En su texto *“El litigio supranacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano”*⁵², la profesora TARA J. MELISH manifiesta con absoluta convicción que “el principio de «progresividad» y aún el de «regresividad» no son justiciables y no deben utilizarse

⁵² MELISH, Tara J. *El litigio supranacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano*. (Internet). Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/ibros/5/2469/11.pdf>. Consultado el 16/10/2012.

en procesos contenciosos”. Su argumento se centra en el polémico fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Cinco Pensionistas vs Perú” donde el estado de Perú redujo de “manera arbitraria” la pensión de cinco ciudadanos. En este caso, la Comisión, en su rol de demandante, apeló al principio de progresividad establecido en el artículo 26 del Pacto de San José aduciendo que:

[L]a obligación establecida en el artículo 26 de la Convención implica que los Estados no pueden adoptar medidas regresivas respecto al grado de desarrollo alcanzado, sin perjuicio de que en supuestos excepcionales y por aplicación analógica del artículo 5 del Protocolo de San Salvador, pudieran justificarse leyes que impongan restricciones y limitaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, siempre que hayan sido promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática y que no contradigan el propósito y razón de tales derechos.⁵³

Sin embargo, a juicio de la Corte Interamericana la obligación de progresividad que consagra el Protocolo de San Salvador se debe medir “sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”⁵⁴.

Este juicio por parte de la Corte Interamericana es la base sobre la cual Melish cuestiona el real alcance de justiciabilidad que puede tener el principio de

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Cinco pensionistas VS Perú”, febrero 28 de 2003. Voto Concurrente Razonado del H. Juez Sergio García Ramírez. Capítulo IX, p. 62. (Internet) Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_98_esp.pdf. Consultado el 10/10/2012.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 64.

progresividad y le basta para afirmar que, si bien el mismo se puede constituir como un estándar de monitoreo, el principio de progresividad jamás debe ser utilizado como una estrategia de litigio individual en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Sobre la interpretación de la autora, refieren los profesores Uprimny y Guarnizo lo siguiente:

Melish cuestiona con razón la doctrina sobre la prohibición de retroceso desarrollada por la Corte Interamericana en el caso de los llamados “Cinco pensionistas” contra el Estado peruano en la sentencia del 28 de febrero de 2003 pero concluye apresuradamente que ésta es una muestra de que el principio de no regresividad no es justiciable, pues es una categoría de monitoreo que sirve para evaluar la situación general de los derechos sociales para todo un país, pero no un estándar útil para lograr la protección judicial de casos concretos de personas específicas⁵⁵.

En oposición a la profesora Melish, los autores del texto “*¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana*”, consideran que el principio de progresividad debe entenderse y trabajarse como una verdadera estrategia de litigio en la protección de los derechos sociales. A su juicio, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lejos de analizar indicadores empíricos en el estudio de la progresividad de un derecho, como en efecto lo hizo la Corte Interamericana en el caso de “Cinco Pensionistas vs Perú” al exigir que se demostrara una violación de carácter general para poder dar aplicación al principio, ha sido pacífica en tener como punto de partida en el análisis “una decisión de una autoridad que implica

⁵⁵ UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, Diana. *Ob. Cit.* p. 22.

un retroceso normativo para un grupo de personas específico o para la situación general de un derecho específico,” por lo que el ciudadano no se ve avocado en ningún momento a demostrar “una disminución del goce de un derecho, que no se ha visto compensada por una mejoramiento de la situación global en otros campos”⁵⁶ o en su defecto un retroceso generalizado en el goce efectivo del derecho, como en teoría lo impondría la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo los lineamientos establecidos en el litigio “cinco pensionistas vs Perú”.

3.1. La justiciabilidad del principio de progresividad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana

La Corte Constitucional Colombiana, en adelante (CCC), ha tenido que resolver casos difíciles relacionados con el principio de progresividad y, por consiguiente, con el mandato de *no regresividad*; en este sentido, desde una perspectiva temporal, esta Corte ha pasado por varias tesis con respecto al alcance del principio en cuestión; a continuación, tomando como referencia el artículo de RODRIGO UPRIMNY y DIANA GUARNIZO se hará una sumaria línea jurisprudencial que incluye el argumento de cada una de las tesis de manera cronológica.

⁵⁶*Ibíd.*, p. 22.

A saber, una primera tesis de carácter radical que niega toda posibilidad de apelar al principio de progresividad como referente de justiciabilidad de los DESC; una segunda tesis considera la *prohibición de retroceso* como un precepto absoluto y, finalmente, una tesis intermedia de protección del principio que ha hecho uso del *test de proporcionalidad* como criterio para determinar la validez de cualquier medida regresiva que inicialmente se presume inconstitucional.

Así, en lo atinente a la primera tesis, la prohibición de retroceso era considerada como una “mera expectativa” no protegida constitucionalmente⁵⁷, toda vez que se consideraba un ideal político más que una verdadera norma jurídica y, entre tanto, no limitaba la libertad configurativa del legislador en la regulación de los derechos sociales, de suerte que este podía cambiar a su arbitrio las disposiciones, incluso tratándose de disminuir el alcance ya protegido en dichos derechos. Un ejemplo se encuentra en la sentencia **C-168 de 1995**, M.P.:Carlos Gaviria Díaz, fallo en el que la CCC estudió la constitucionalidad de varias normas que establecían un régimen pensional menos favorable que el anterior toda vez que aumentaban la edad, el tiempo de servicio para acceder a la pensión y, además, disminuían el monto a recibir.

Los accionantes argumentaron en la demanda de inconstitucionalidad que se estaba desconociendo el mandato constitucional que reza que al trabajador debe respetársele “la condición más beneficiosa”, mandato que implicaba –a su

⁵⁷*Ibíd.*, p.3.

parecer– la no disminución de beneficios contenidos en regulaciones anteriores a la nueva normatividad. Acudían entonces al argumento de “irreversibilidad” de los derechos laborales que traía implícito el argumento de *no regresividad*, sin embargo, la Corte:

[N]iega en el fondo toda fuerza normativa a la prohibición de retroceso, que caracteriza como principio de irreversibilidad, pues considera que mientras un derecho social no se haya materializado como derecho adquirido, por haberse cumplido todas las condiciones exigidas por la ley para su concreción, entonces existe una mera expectativa y el Congreso puede modificar, incluso en forma regresiva, la regulación existente, sin necesidad de ningún tipo especial de justificación.⁵⁸

En la Sentencia **C-781 de 2003, M.P.:** Clara Inés Vargas Hernández, vuelve a imperar esta tesis con ocasión a la demanda ciudadana contra una norma que reducía el monto de la indemnización debida al trabajador cuando el empleador no pagaba los salarios debidos a la terminación del contrato. Se alegaba en la demanda la violación a la prohibición de retroceso toda vez que se estaba reduciendo una de las conquistas laborales de los trabajadores.

Con esta tesis, la Corte dejó claro en varias oportunidades que lo que se protegía constitucionalmente en cuanto a derechos prestacionales eran los derechos adquiridos –siendo estos un límite para la configuración legislativa– y no las meras

⁵⁸*Ibíd.*, pp. 4-5.

expectativas que podían ser aún objeto de modificación por parte del órgano legislativo.

La segunda tesis puede nombrarse, como bien lo hacen Uprimny y Guarnizo en su artículo, “*el principio de no regresividad como una regla absoluta*” o “*el derecho al régimen*”⁵⁹; así, en una variación radical de la posición anterior la Corte ha afirmado que el principio de no regresividad es radical y no da cabida a excepciones ni ponderaciones con otros valores constitucionales. En ese orden de ideas, cualquier reducción al contenido de protección de un derecho social comportaría una violación a dicho principio sin importar los motivos de su reducción. Ejemplos de esta tesis los encontramos en las sentencias **C-1165 de 2000**⁶⁰M.P.: Alfredo Beltrán Sierra y **C-754 de 2004**⁶¹M.P.: Álvaro Tafur Galvis; la primera de ellas declaró la inconstitucionalidad de una ley que reducía en un 75% el monto del recurso que el Tesoro Nacional debía dar al Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud; la Corte consideró que dicha disposición agredía el mandato constitucional de la ampliación progresiva de los derechos sociales y que “so pretexto de la racionalización del gasto público” no podía disminuirse en forma drástica los aportes necesarios para suplir “las necesidades de salud de los sectores más pobres de la población colombiana”⁶².

⁵⁹*Ibíd.*, p. 5.

⁶⁰ Que estudia la constitucionalidad del artículo 34 de la ley 344 de 1996.

⁶¹ Que estudia la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 4 860 de 2003.

⁶²Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de Constitucionalidad 754 de 2004. Referencia: Expedientes: D-5092 y 5093 acumulados. Actores: Armando Enrique Arias Pulido y Francisco Ordóñez Jiménez. MP. Doctor ÁlvaroTafur Galvis. Bogotá 10 de agosto de 2004.

La anterior tesis fue también acogida en la sentencia **C-754 de2004** donde se decidió sobre la constitucionalidad de una norma que establecía un régimen de transición pensional menos favorable que el anterior desconociendo la prohibición de regresividad; en esta ocasión la Corte señaló que el legislador estaba facultado para cambiar las condiciones de quienes no estaban aún cobijados por un régimen de transición pero que no podía reducir la protección de quienes ya habían adquirido el derecho y sus beneficios por haber cumplido con las condiciones.

La tercera y más reciente tesis en este recorrido: *“la prohibición de retroceso como el reconocimiento de unas expectativas legítimamente protegidas que prima facie deben ser respetadas”*, es la última de las posturas que ha venido sosteniendo la Corte; esta posición de tono “intermedio” con respecto a las pasadas sostiene que

[C]ualquier disminución del alcance de un derecho social resulta en principio problemática, pues supone, al menos prima facie, una violación de los estándares internacionales sobre el deber de los Estados de desarrollar progresivamente el contenido total de estos derechos. Sin embargo, (...) no toda disminución en el alcance de estos derechos está prohibida, ya que el legislador puede restringir el contenido protegido de un derecho, siempre que justifique claramente que se trata de una reducción que fue cuidadosamente analizada y que resulta no sólo razonable y proporcionada, sino incluso necesaria, para alcanzar propósitos constitucionales muy importantes, incluso imperiosos.⁶³

⁶³*Ibíd.*, p. 7.

Por lo anterior, la Corporación ha encontrado ciertos casos en los que ha declarado inconstitucional –total o parcialmente– algunas medidas regresivas por no encontrarse legítimamente justificado el retroceso después de la valoración realizada a través de la metodología del *Test de proporcionalidad*, mientras que en otras oportunidades este instrumento ha servido para validar medidas regresivas cuando se ha demostrado que se trataba de medidas *proporcionadas* para proteger otros bienes legítimamente constitucionales.

El primer ejemplo se encuentra en la sentencia **C-789 de 2002**, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, la cual resuelve una demanda contra una norma que “excluía del régimen de transición pensional a las personas de determinada edad que decidieran voluntariamente cambiarse de sistema”⁶⁴. En este caso, la Corte debía estudiar de nuevo si el legislador podía modificar la expectativa de quienes habían venido cotizando a un régimen pensional sin haber cumplido los requisitos aún o si se trataba de una situación de protección a derechos adquiridos y, por lo tanto, de un límite al legislador.

Para resolver esta cuestión, la Corte reiteró la sentencia C-165 de 1995 en donde se decía que para quienes no hubiesen cumplido con los requisitos establecidos para obtener la pensión se predicaba que tenía una expectativa que podía ser modificada. Sin embargo, la sentencia matizó esta jurisprudencia con la tesis de las llamadas “*expectativas legítimas*”, explicando que:

⁶⁴*Ibíd.*, p. 8.

la expectativa de un derecho, si bien no conlleva a la intangibilidad total de la legislación, tampoco está desprovista de toda protección, pues cualquier tránsito legislativo no sólo debe estar sujeto a los principios de razonabilidad y proporcionalidad sino que, además, en función del llamado principio de “confianza legítima”, las personas confían en que las autoridades mantendrán las regulaciones existentes.⁶⁵

En ese orden de ideas, la Corte asume una tesis intermedia en la que considera la prohibición de retroceso como una “interdicción *prima facie*” con la cual se presume inconstitucional toda medida regresiva pero sin significar lo anterior que esto sea un mandato estricto, toda vez que existe la posibilidad de una justificación legítima para dichos retrocesos. Finalmente la sentencia declara la constitucionalidad condicionada de la norma demandada estableciendo que no pueden ser excluidas de los beneficios del régimen de transición pensional aquellas personas que ya tenían una expectativa legítima porque llevaban 15 años o más de trabajo cotizados al momento de la entrada en vigor del nuevo sistema de pensiones.

Otra sentencia en el marco de la protección de expectativas de derechos prestacionales es la **C-671 de 2002**, M.P.:Eduardo Montealegre Lynett, en esta oportunidad la Corte dijo que:

⁶⁵*Ibíd.*, p. 8.

(...) el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional.

Así, en el caso concreto, la Corte condicionó la constitucionalidad del parágrafo 3º del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000, y precisó que los padres de ciertos miembros de la Fuerza Pública podían continuar siendo beneficiarios del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía, siempre y cuando no tuvieran la posibilidad de ser beneficiarios de otro sistema de seguridad social en salud.

Finalmente, una de las oportunidades en la que esta tesis ha servido para validar medidas regresivas –cuando se ha demostrado que se trataba de medidas *proporcionadas* para proteger otros bienes legítimamente constitucionales– se encuentra en la sentencia **C- 038 de 2004**, M.P.:Eduardo Montealegre Lynett, donde la Corte estudió la constitucionalidad de la Ley 798 de 2002, norma que modificó varias disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo con el objetivo de flexibilizar el mercado laboral y el incremento de las tasas de empleo. La Corte consideró que la norma era regresiva y que sobre ella había una presunción de inconstitucionalidad *prima facie*. Sin embargo, después de realizar un juicio de proporcionalidad, encontró que a pesar de que efectivamente

establece un retroceso en materia laboral, ésta era una disposición justificada y proporcional por cuanto busca promover la generación de nuevos empleos y fomentar el crecimiento económico. Así lo expresó:

[L]a CCC resuelve declarar la constitucionalidad de la ley demandada, considerando que, aunque efectivamente se trata de una reforma que establece un retroceso para los derechos de los trabajadores, es una estrategia justificable y proporcionada ya que por un lado, busca promover el empleo y el crecimiento económico y, de otro lado, fue amplia y democráticamente discutida por el órgano legislativo.⁶⁶

En la actual jurisprudencia de la Corte, el principio de progresividad sí tiene carácter justiciable, esto es, se erige como argumento suficiente para la declaratoria de exequibilidad o inexecuibilidad de las normas, como se puede advertir en las sentencias C- 671 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett y C- 789 de 2002, M.P: Rodrigo Escobar Gil.

Este trabajo de investigación, en sintonía con la tesis de las Cortes tanto nacionales como internacionales, considera que el Principio de Progresividad se erige en el sistema jurídico colombiano como una verdadera herramienta de justiciabilidad capaz de reivindicar por si misma los llamados DESC consagrados tanto en la Constitución Política como en el Bloque de Constitucionalidad. Así, la jurisprudencia nacional ha demostrado que si bien el principio de progresividad y la prohibición de regresividad se encuentran formulados dentro del sistema jurídico

⁶⁶*Ibid.*, p. 12.

a manera de principios, los cuales, siguiendo la doctrina del profesor Robert Alexy son “normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, de manera que operan como mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversas formas y en diversos grados”⁶⁷, esto no obsta para que los jueces mediante los juicios de ponderación puedan aplicar la progresividad a los casos en concreto.

⁶⁷*Ibíd.*, p.20.

II. LA EMERGENCIA DE UNA NUEVA POBLACIÓN: EL DESPLAZADO COMO SUJETO DE DERECHOS. UNA REVISIÓN NORMATIVA DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA

Si no se han desvanecido por completo, tienden a abandonarse y remplazarse sin previo aviso. Y, lo que es más importante, para quien quiera que fuere una vez excluido y destinado a la basura no existen sendas evidentes para recuperar la condición de miembro de pleno derecho. Tampoco existen caminos alternativos, oficialmente aprobados y proyectados, que cupiera seguir (o que hubiera que seguir a la fuerza) hacia un título de pertenencia alternativo.

(BAUMAN, Z. *Vidas desperdiciadas, la modernidad y sus parias*, p. 30)

1. El fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia

El desplazamiento forzado es una situación dramática, vergonzosa y de apremiante solución que hace parte del pasado y presente nacional. Tal fenómeno consiste en la expulsión del territorio que sufre una parte de la población a causa de la violencia inmersa en el territorio disputado por diversas fuerzas⁶⁸ y su lectura resulta compleja, pues está marcado por diversos elementos, como “(i) la continuidad histórica del proceso de despojo y expulsión; (ii) la multipolaridad del conflicto armado y las dinámicas bélicas; (iii) la heterogeneidad y la ausencia de identidades preexistentes en los desplazados”⁶⁹.

El desplazamiento forzado se define, característicamente, como la migración de personas o grupos familiares de las áreas rurales a los centros urbanos con ocasión del conflicto armado, generando un verdadero estado de emergencia social, en el que millones de colombianos quedan excluidos del texto fundamental con relación a derechos, principios y valores⁷⁰. Sin embargo, producto de la evolución del conflicto armado, recientemente se han venido registrando casos de

⁶⁸ Para una reflexión sobre las relaciones entre el Conflicto Armado y el fenómeno del Desplazamiento forzado, cfr. ZULUAGA NIETO, Jaime. *La Guerra Interna y el Desplazamiento Forzado*. Disponible en: http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/humanas/2004945/docs_curso/descargas/2da%20sesion/Basica/Jaime_zuluaga.pdf. Consultado 10/10/2012.

⁶⁹ URIBE DE HINCAPIÉ, María Teresa y otros. *Desplazamiento forzado en Antioquia 1985-1998*. Volumen 0: Aproximaciones teóricas. Bogotá: Secretariado Seccional de Pastoral Social Sección de Movilidad, Universidad de Antioquia, 2001. Citado en: LÓPEZ-MARTÍNEZ, Miguel Andrés. *Examen general de los alcances de la responsabilidad patrimonial del Estado en la política pública de desplazamiento forzado*, Bogotá, Revista Estudios Socio-jurídicos, 2011, 13, (1), pp. 453.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia T- 025 de 2004. *Ob. Cit.*

desplazamiento intraurbano, situación que cada vez caracteriza más el devenir de las ciudades y que, en palabras de ACNUR: “*tiene lugar cuando una persona o una familia se ve obligada a huir de un barrio a otro, dentro de la misma ciudad, para salvaguardar la integridad y la vida de sus miembros*”⁷¹.

La complejidad de la situación que supone el desplazamiento forzado en Colombia implica, entonces, el análisis integral de los elementos anteriormente enunciados (la continuidad histórica del proceso de despojo y expulsión; la multipolaridad del conflicto armado y las dinámicas bélicas; y la heterogeneidad y la ausencia de identidades preexistentes en los desplazados) para la generación de políticas focalizadas y encaminadas a la superación total del fenómeno. En ese orden de ideas, tal política social tendrá necesariamente que abarcar los siguientes componentes: caracterización e identificación de los derechos vulnerados de la población desplazada forzosamente, la identificación y judicialización de los victimarios en pro de la verdad y la justicia a la que tienen derecho las víctimas y la sociedad y, además, el apoyo psicosocial para la reintegración social de la víctima y la ayuda en la reconstrucción de su proyecto de vida⁷²; lo anterior

⁷¹ ACNUR. Situación Colombia: Panorama Regional 2011 (Colombia, Ecuador, Venezuela y Panamá). Recuperado el 16 de Agosto de: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/Situacion_Colombia_-_Panorama_regional_-_2011_p.2.

⁷² “[...], existen diversas interpretaciones sobre los daños que genera el desplazamiento en el bienestar de las víctimas. Visto desde disciplinas como el trabajo social y las ciencias de la salud, el desplazamiento mengua las posibilidades de reconstruir su proyecto de vida Meertens (Meertens, D. “Desplazamiento forzado y género: trayectorias y estrategias de reconstrucción vital”, F. Cubides y C. Domínguez, eds., *Desplazados, migraciones internas y reestructuraciones territoriales*, Bogotá, Universidad Nacional, 1999) y provoca un choque cultural que puede afectar su salud mental Sánchez y Jaramillo (Sánchez, R. y L. Jaramillo. “Desplazados: experiencias en salud. Impacto del desplazamiento sobre la salud mental”, *Universitas Humanística* 47, 1999, pp. 87-101). Visto desde la ciencia política, Pecault (Pecault, D. “The loss of rights,

haciendo un especial énfasis en el cuidado y protección de los más vulnerables entre los vulnerables, a saber: niños, mujeres, madres cabeza de familia, adultos mayores, indígenas y afro descendientes.

La tarea estatal en la reducción de las cifras del desplazamiento forzado, supone entonces la creación y eficacia de las leyes y políticas públicas encaminadas a acabar con las causas del conflicto armado⁷³ y la situación de vulneración a los derechos humanos propia del fenómeno del desplazamiento forzado como una de las consecuencias directas del conflicto.

the meaning of experience, and social connection: A consideration of the internally displaced in Colombia”, *International Journal of Politics, Culture, and Society* 14, 1, 2000, pp. 89-105.) detecta el daño en la pérdida de inserción social, de significado de la experiencia de vida y negación de los derechos. Desde un enfoque jurídico, Restrepo (Restrepo, E. “¿Cómo garantizar justicia a los desplazados? El desplazado como paria. La garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del delito de desplazamiento forzado en Colombia”, C. Rodríguez, coord., *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010.) argumenta que el principal daño del desplazamiento es el desarraigo que lleva a la pérdida de ciudadanía política y a que en algunos contextos las víctimas sean tratadas como parias. Y desde el punto de vista de la economía, Ibáñez y Moya (Ibáñez, A. M. y A. Moya. “¿Cómo el desplazamiento forzado deteriora el bienestar de los hogares desplazados?: Análisis y determinantes del bienestar en los municipios de recepción”, *Documentos CEDE* 2006-26, 2006.), Ibáñez et al. (Ibáñez, A. M., A. Moya y A. Velásquez. “Hacia una política proactiva para la población desplazada en Colombia”, Informe final presentado a USAID, 2006.) e Ibáñez (Ibáñez, A. M. *El desplazamiento forzado en Colombia: ¿Un camino sin retorno hacia la pobreza?*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2009.) han estimado las numerosas pérdidas sociales y económicas que sufren las víctimas de desplazamiento como resultado de la migración forzada”. En: BOHADA, María del Pilar. *Desplazamiento forzado y condiciones de vida de las comunidades de destino: el caso de Pasto, Nariño*. En: *Revista de Economía Institucional*, vol. 12, No. 23, segundo semestre/2010, p. 263.

⁷³ “En 2007 la oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados publicó un informe comprensivo sobre el desplazamiento forzado en el país. Las cifras sobre desplazamiento forzado correspondientes a 2007 revelan que fue provocado principalmente por ataques a la población civil por parte de las FARC-EP y del ELN, por combates entre estos dos grupos entre sí también por combates entre éstos y la Fuerza Pública.”. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y SECRETARIO GENERAL. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Febrero 28 de 2008, p. 28. (internet). Disponible en: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_2292.pdf?view=1. Consultado el 21/11/2012.

El drama del desplazamiento forzado no es exclusivo de la historia reciente de nuestro país. Así por ejemplo, desde el llamado período de *La Violencia*, por lo menos dos millones de personas se vieron obligadas a huir de sus tierras sin posibilidad de retorno⁷⁴, y desde mediados de los años ochenta hasta los primeros años de la década de los noventa otras 600.000 fueron desplazadas según lo informa la Conferencia Episcopal de Colombia de 1995⁷⁵. Sin embargo, sería desde mediados de los años noventa que Colombia contaría la historia de sus éxodos masivos.

Según cifras del Departamento para la Prosperidad Social, entre el primero de enero de 1997 y septiembre de 2011, en Colombia se han producido alrededor de 3,875.987 desplazamientos internos; un aproximado de 283 por día durante el último año⁷⁶. Por su parte, la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES– manifestó en su más reciente informe que entre el primero de enero de 1985 y el 31 de diciembre de 2011, el país registró un total de 5'445.406 desplazados⁷⁷.

⁷⁴ROLDÁN, Mary. *A sangre y fuego: la violencia en Antioquia, Colombia, 1946-1953*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia y Banco de la República, 2003. Citado en: RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social: Como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJuSticia, 2010, p. 35. Disponible en: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=781. Consultado el 08/11/2012.

⁷⁵CONFERENCIA EPISCOPAL DE COLOMBIA. *Derechos Humanos y Desplazados por Violencia en Colombia*. Bogotá, marzo 1995.

⁷⁶REPÚBLICA DE COLOMBIA, DEPARTAMENTO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL. *Reporte General Población Desplazada*. (Internet). Disponible en: <http://www.dps.gov.co/EstadisticasDesplazados/>. Consultada el 2/09/2012.

⁷⁷Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento CODHES. Boletín de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Número 79 - Bogotá, Quito, marzo de 2012.

Si bien al mencionar cifras se corre el riesgo de opacar la tragedia humana individual que existe detrás de cada uno de los números, es importante hacer mención a estas estadísticas toda vez que, fundamentada en ellas, la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados afirmó que después de Sudán, Colombia es el segundo país con mayor población de desplazados internos en el mundo⁷⁸, poniéndolo por encima de países tan vulnerables como el Congo o Irak.

Se observa entonces, como dicho fenómeno, a más de ser un entrañable drama humano que afecta a familias enteras desarraigadas de sus hogares y lanzadas a las grandes ciudades –ciudades que casi en ninguna ocasión comprenden el desasosiego de sus nuevos visitantes–, constituye también un tema en la agenda económica debido a que este conduce a altas tasas de pobreza y desempleo. En este sentido se prueba que:

Las pérdidas causadas por el desplazamiento son tan graves que, según estimaciones de [Luis Jorge] Garay (Garay, L. J. *Verificando el cumplimiento de los derechos. Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre desplazamiento forzado. Primer informe de verificación presentado a la Corte Constitucional*, Bogotá, Ántropos, 2008.), en 2008 el 98,6% de los hogares desplazados tenía ingresos inferiores a la línea de pobreza y el 82,6% inferiores a la línea de indigencia. Ibáñez (Ibáñez, A. M. *El desplazamiento forzoso en Colombia: ¿Un camino sin retorno hacia la pobreza?*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2009) señala que de no

⁷⁸ ACNUR. *Directrices de elegibilidad del ACNUR para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo de Colombia*. (internet). Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/?id=423>. Consultado el 12/11/2012.

adoptar políticas efectivas de atención a las víctimas, en particular programas que restituyan su capacidad productiva, el desplazamiento es un camino sin retorno a la pobreza⁷⁹.

Estas relaciones entre desplazamiento, pobreza y desempleo no son recientes. Ya desde 2007 el Consejo Nacional de la Cultura (CNC), comparaba a los desplazados con las familias en situación de pobreza extrema y de pobreza y señalaba en cuanto al nivel educativo que “mientras los jefes de hogar de los primeros tienen, en promedio, 6,3 años de escolaridad los segundos tienen 4 y 5,3 años, respectivamente”⁸⁰, también anotaba que 21,7% de “los niños desplazados de 7 a 17 años no asisten a los establecimientos educativos, mientras que este mismo indicador, entre los niños de los hogares no pobres, apenas llega a ser de 9,7%”⁸¹. Entre las principales razones que se infieren para explicar este déficit en el acceso a la educación, es que dadas las condiciones de precariedad en las que se encuentra inmersa la población objeto de análisis, la educación no aparece como prioridad en comparación con sus necesidades más básicas. Como se logra apreciar, la ausencia de educación constituye una consecuencia necesaria de las condiciones de pobreza a las que están sometidas las víctimas, tal como ya se expresó.

⁷⁹BOHADA R., María del Pilar. *Ob. Cit.* pp. 259 - 298

⁸⁰LÓPEZ CASTAÑO Hugo y NUÑEZ MÉNDEZ Jairo. *Pobreza y desigualdad en Colombia: Diagnóstico y estrategias*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2007, pp. 133.

⁸¹*Ibíd.*

En este estudio también se mostró que apenas el 20,3% de los desplazados son propietarios de su vivienda en comparación con el 48% y 47% de los hogares en situación de pobreza extrema y pobreza, respectivamente. Por último, con respecto a las condiciones del mercado laboral, el CNC señaló que solo 4,8% de los desplazados han asistido alguna vez a cursos de capacitación para el trabajo, sin embargo la tasa de desempleo sigue siendo menos favorable para las familias en situación de pobreza con el 17,7% frente a la población desplazada con el 14,3%. Se ve, con lo anterior, como el fenómeno del desplazamiento (genérico) forzado (específico) no solo puede entenderse desde una perspectiva humanitaria sino que además, tiene una dimensión económica.

2. Los hitos normativos en materia de desplazamiento forzado en Colombia

No solo porque el presente trabajo tenga una firme vocación normativa, es que se avoca este estudio. Es también por un convencimiento, que tiene registros políticos acerca de que el Derecho debe ser un mecanismo para la protección ciudadana, y no solo para dar orden al sistema político o para repartir legitimidad a los poderes. De este modo, se intentará hacer una revisión de la política pública sobre desplazamiento forzado, con el objeto de reconocer los derechos de esta población desarrollados en la normativa y de evidenciar también las falencias en el

tratamiento del fenómeno y, por supuesto, las posibilidades jurídicas y políticas disponibles para mejorar su condición.

Para empezar este estudio, es pertinente señalar que la política social expedida por el legislador en materia de desplazamiento forzado ha sido bastante confusa y en buena medida incompleta, habida cuenta de la magnitud de las necesidades de esta población. Miguel López Martínez así lo cita:

[E]l lenguaje construido a partir de las normas ha llevado al profesor Vidal López a afirmar la ambigüedad del discurso estatal frente al desplazamiento forzado. Sostiene tal anfibología en el hecho de que mientras, por un lado, se hace un reconocimiento, al menos formal, de la responsabilidad atribuible al Estado en la prevención y atención del fenómeno, no se explica cómo, por el otro, la intencionalidad en el actuar más bien se corresponde con su negación; muestra de esto último son los marcos normativos demasiado amplios (que legitiman prácticas discriminatorias y restrictivas en el acceso a la atención), las limitaciones en la definición de la población objeto de protección (desconociendo las diferentes causas que pueden dar lugar a la migración) y la imposición de requisitos de difícil e incluso imposible cumplimiento para acceder al goce de los derechos o para proceder a su reclamación.⁸²

2.1. Documentos CONPES, las bases de la política pública sobre desplazamiento forzado

Para el año 1995 el gobierno nacional no había atendido la dimensión del

⁸² Tomado de: LÓPEZ MARTÍNEZ, Miguel Andrés. *Ob. Cit.* p. 474.

fenómeno del desplazamiento forzado ni dado, por consiguiente, los alcances políticos y jurídicos al tema, no obstante la larga historia de esta problemática en el contexto colombiano. Hasta ese momento, el término *desplazado* no había sido introducido al ordenamiento jurídico colombiano, y la atención a la población víctima de este fenómeno era brindada de manera casi exclusiva por ONG'S, la Cruz Roja Internacional y la Iglesia. En este contexto, los gobiernos vigentes se rehusaban a aceptar el reconocimiento del concepto de desplazado interno tal vez, explica el profesor Roberto Vidal: “por el temor de ver restringida su soberanía al admitir que se venía desarrollando un proceso que comportaba graves violaciones de los Derechos Humanos”⁸³.

Esta situación daría un giro importante durante el gobierno del presidente Ernesto Samper Pizano (1994-1998), período durante el cual la agudización del fenómeno fue tal, que era imposible seguir ignorándolo. En septiembre de 1995 el gobierno en un acto político muy simbólico para la historia del fenómeno, reconoció las dimensiones de la situación del desplazamiento forzado y lo relacionó directamente con la violencia que tenía tomada al país. Acto seguido, se le nombró como un tema humanitario que requería ser parte integral y prioritaria de la agenda política y se prometió el inicio de una política pública.⁸⁴

⁸³ VIDAL, Roberto. *Derecho global y desplazamiento interno. La creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado por la violencia en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Universidad del Rosario, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005. p. 213.

⁸⁴ RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social: Como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJuSticia, 2010, p. 37. Disponible en: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=781. Consultado el

Esta declaración jurídica y política del desplazamiento forzado adquirió su primera forma mediante el documento CONPES⁸⁵ 2804 de 1995, el cual posteriormente sentaría las bases de la Ley 387 de 1997, la primera manifestación legislativa sobre el tema.

En el documento **CONPES 2804 de 1995**⁸⁶, el Gobierno Nacional reconoció por primera vez el desplazamiento forzado como un fenómeno que encontraba íntima relación con la violencia y el conflicto armado y no solo, como se había afirmado durante años, con los fenómenos naturales y económicos.

De la mano de las declaraciones anteriores, el Gobierno aceptó una cuota de responsabilidad del Estado para con la población víctima del desplazamiento forzado al afirmar que hasta la fecha “el Estado [había] venido actuando de manera coyuntural, deficiente y dispersa.”⁸⁷

En lo que se refiere a políticas públicas, el **CONPES 2804 de 1995** ordenó crear el

08/11/2012.

⁸⁵El Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES–, creado mediante decreto 627 de 1974, es el máximo organismo de coordinación de la política económica en Colombia.

⁸⁶ República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. *Documento Conpes 2804. Plan de acción para la prevención y atención del desplazamiento forzado*.1995. (internet). Disponible en: http://www.restituciondetierras.gov.co/media/descargas/pdf_anexos/doc_a2.pdf. Consultado el 21/10/2012.

⁸⁷Mensaje del Presidente de Colombia, Ernesto Samper Pizano, a todos los colombianos con ocasión del día de los Derechos Humanos, el 9 de septiembre de 1994. Palabras del Señor Presidente de la República, en el acto de sanción de la ley aprobatoria del Protocolo II, Adicional a los Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario, Santafé de Bogotá, 16 de diciembre de 1994. En: República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. *Documento Conpes 2804. Plan de acción para la prevención y atención del desplazamiento forzado*.1995. (internet). Disponible en: http://www.restituciondetierras.gov.co/media/descargas/pdf_anexos/doc_a2.pdf. Consultado el 08/11/2012.

“Programa Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia”, a su vez que definió el concepto de desplazado interno, en los siguientes términos:

Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público.⁸⁸

Desde entonces, el conceptode ‘*desplazado forzado*’ quedó circunscrito a tres causales específicas: violaciones a los derechos humanos, violaciones al derecho internacional y violaciones al derecho interno. Igualmente, el documento CONPES en comento utilizó restricciones temporales tales como haber sido desplazado en los 12 meses anteriores a la inscripción en el programa, encontrarse afiliado a los niveles 1 ó 2 del SISBÉN o encontrarse en situación de “*vulnerabilidad y riesgo en sus derechos fundamentales y/o derechos económicos y sociales básicos*”⁸⁹, esto

⁸⁸ República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. *Documento Conpes 2924. Plan de acción para la prevención y atención del desplazamiento forzado*.1999. Pag 6 (internet). Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/topic,4565c2253e,4565c25f49d,46d57efa2,0,,LEGISLATION,,html>. Consultado el 08/11/2012.

⁸⁹ “Teniendo como referencia la anterior definición, se considera como población objetivo de este Programa las siguientes personas: 1). Quienes hayan sido desplazadas por la violencia dentro de los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de su solicitud de acceso al programa y que, además, se encuentren en

En este sentido igualmente han apuntado los pronunciamientos de algunos expertos internacionales⁹¹, quienes consideran que las conceptualizaciones jurídicas que se han hecho en la materia se alejan cada vez del fenómeno real del desplazamiento forzado.

El documento CONPES 2804 de 1995 también creó una serie de programas y estrategias encaminadas a “(...) *neutralizar la acción de los múltiples actores de violencia y presentar alternativas eficaces de protección a la vida, la integridad y libertad personales de la población civil (...)*”⁹², así, se crearon proyectos de alerta temprana, de atención inmediata, de retorno, de vivienda, educación, entre otros. Igualmente se creó el Consejo Nacional para la Atención de la Población Desplazada por la Violencia (CNAIPD), el cual se encargaría de definir las políticas de participación de las entidades y de fijar la política nacional en materia de desplazados. Este proceso de creación de CNAIPD, en teoría, tomaría 5 meses según lo estipulado en el documento, sin embargo, y a pesar de las buenas intenciones plasmadas en el papel, fue mucho más tiempo el requerido para dar inicio a un proyecto serio para la atención a la población desplazada.

⁹¹ Zolberg, Aristide, Astri Suhrke and Sergio Aguayo; *Escape from Violence. Conflict and the Refugee Crisis in the Developing World*; New York; Oxford University Press; 1989.

⁹² República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. *Documento Conpes 2924. Plan de acción para la prevención y atención del desplazamiento forzado*. 1999. (internet). Pág. 1. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/topic,4565c2253e,4565c25f49d,46d57efa2,0,,LEGISLATION,.html>. Consultado el 08/11/2012.

En continuación de la emergencia de esta política pública, el gobierno nacional expidió el documento **CONPES 2924 de 1997**⁹³, titulado *Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia*, que puso en evidencia la no existencia de una real política pública de atención al desplazamiento, no obstante el "programa Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia", que el gobierno nacional había ordenado crear mediante CONPES 2804, adscrito a la Unidad Administrativa Especial para la Protección de los Derechos Humanos del Ministerio del Interior.

Por ello, este documento tuvo la iniciativa de poner en funcionamiento el Consejo Nacional de Atención Integral a la población desplazada por la violencia (CNAIPD), que hasta la fecha no había sido convocado, y cuyas funciones incluían, entre otras, aprobar la política nacional y el Plan Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia⁹⁴.

Dentro de las estipulaciones más significativas del nuevo documento CONPES, se encuentra la creación del Fondo Nacional para garantizar la eficiente e idónea financiación de las políticas (III, C) y una Red Nacional de Información sobre población desplazada (III, D). Sin embargo, esta reformulación del sistema de

⁹³ República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. *Documento Conpes 2924. Plan de acción para la prevención y atención del desplazamiento forzado*. 1999. (internet). Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/topic.4565c2253e.4565c25f49d.46d57efa2.0.,LEGISLATION.,html>. Consultado el 08/11/2012.

⁹⁴ RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Ob. Cit.* p. 74.

atención a desplazados no duraría mucho, pues unos meses después, ese mismo año, se promulgó la primera legislación en materia de desplazamiento forzado.

2.2. Ley 387 de 1997 y el inicio de un marco jurídico para el desplazamiento forzado en Colombia.

La promulgación de la Ley 387 de 1997, *“por medio de la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”*⁹⁵, significó un importante hito, al ser la primera iniciativa legislativa en la historia colombiana en introducir una política integral para prevenir el desplazamiento forzado y atender las necesidades de la población víctima de este fenómeno.

Introdujo esta Ley un catálogo de derechos de la población víctima, reglamentando las formas de acceso y las responsabilidades de las entidades públicas en la materia. Para estos efectos, creó el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada –SNAIPD– (Título II, Capítulo I⁹⁶), que

⁹⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 387 (18, julio, 1997). *Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia*. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1997. No. 43.091.

⁹⁶ “Artículo 4º. De la creación. [Derogado por el art. 5, Decreto Nacional 790 de 2012]. Créase el Sistema Nacional de Atención Integral a la población desplazada por la violencia para alcanzar los siguientes objetivos: 1. Atender de manera integral a la población desplazada por la violencia para que, en el marco del retorno voluntario o reasentamiento, logre su reincorporación a la sociedad colombiana. 2. Neutralizar y mitigar los efectos de los procesos y dinámicas de violencia que provocan el desplazamiento, mediante el

asignó competencias a algunas entidades de orden nacional y departamental con el fin de atender a dicha población y neutralizar los efectos de los procesos de violencia que provoca el desplazamiento. Este conjunto de organismos, tales como los comités municipales, distritales y departamentales tienen como única y fundamental función la atención integral a la población desplazada por la violencia mediante el Plan Nacional Integral para la Atención de la Población Desplazada por la violencia (Capítulo II), cuyo diseño delegó el legislador al ejecutivo, quien lo desarrolló mediante decreto 250 de febrero 7 de 2005, quedando allí estipulado el derrotero para cumplir los objetivos de la ley.

En este Plan se destacan como objetivos principales (artículo 10 de la Ley 387 de 1997; artículo 1.2 del Decreto 250 de 2005) la determinación de las causas que generan el desplazamiento, las medidas orientadas a la prevención y superación de dichas causas, las medidas de atención humanitaria, los mecanismos legales para el restablecimiento de los derechos, su acceso a planes, programas y proyectos de desarrollo, las medidas necesarias que posibiliten el retorno voluntario de la población desplazada o su reubicación en nuevas zonas de asentamiento y la atención especial a los grupos más vulnerables dentro de esta población. La Ley en comento creó también el Fondo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia (Capítulo III) con la finalidad de

fortalecimiento del desarrollo integral y sostenible de las zonas expulsoras y receptoras, y la promoción y protección de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”.

cuidar de las asignaciones presupuestales necesarias para implementar las políticas propuestas en la Ley.

De otro lado, conforme el artículo 3°, la responsabilidad del Estado se reconoce en la formulación de políticas, tanto como medidas preventivas a futuras situaciones de desplazamiento, como a proyectos de consolidación y estabilización socioeconómica para las personas ya reconocidas como víctimas de este fenómeno; desarrollando con esto una política prestacional (provisión de materiales para la subsistencia), diferente a una política de prevalencia de los derechos, basada en su protección y resarcimiento⁹⁷. En este sentido, y basándose en la crítica que formula el profesor Roberto Vidal, preocupa que el Estado usara entonces el lenguaje de obligaciones programáticas de medio –y no de resultado- como mecanismo para liberarse de sus deberes con la población desplazada:

Debe destacarse, y así lo hizo el Gobierno posteriormente, que se creó una obligación de medios y no de resultado, al omitir la referencia explícita al cumplimiento de los derechos- beneficios-principios en términos de las obligaciones de respeto y de garantía, centrales en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (O'Donnell; Vol. 1, p. 193). Esta enunciación contribuyó al desarrollo de una interpretación de las normas que tratará de liberar al Estado de la responsabilidad por el desplazamiento en beneficio de la concepción de la responsabilidad del Estado por el desarrollo de la política, que en reglamentaciones posteriores

⁹⁷ PROYECTO TERRANOVA. *Análisis sobre desplazamiento y tierras*. Facultad de Derecho Universidad de los Andes. (Internet). Disponible en http://terranovaluniandes.edu.co/politpub/punto_b.html. Consultado el 20/10/2012.

consolidarán la tendencia a representar esas obligaciones en términos de la progresividad diluyendo la responsabilidad por el ejercicio y goce inmediato de verdaderos derechos.⁹⁸

Esta situación se evidencia de igual manera en la formulación de principios enunciados en el artículo 2º, los cuales informan la aplicación e interpretación de la Ley. Entre ellos se enuncia por ejemplo el derecho que tienen los desplazados forzados a solicitar y recibir ayuda internacional, al gozo de los derechos civiles reconocidos internacionalmente, a no ser discriminados y a acceder a soluciones definitivas a su situación. Sin embargo, el hecho mismo de que tales derechos se encuentren enunciados como principios –y no a manera de derechos subjetivos– hace sumamente gravosa la materialización de los mismos en la medida en que estos quedan sujetos a la interpretación que de ellos realice el ente administrativo⁹⁹.

Finalmente, en materia de políticas de retorno, la ley establece que el gobierno creará acciones que generen condiciones de sostenibilidad económica y social, entre ellas, proyectos productivos, el sistema nacional de reforma agraria y de desarrollo rural campesino, fomento de la microempresa, capacitación y organización social, atención social en salud, educación y vivienda urbana y rural, la niñez, la mujer y las personas de la tercera edad, y planes de empleo urbano y

⁹⁸ VIDAL, Roberto. *Ob. Cit.* p. 229.

⁹⁹ *Ibíd.* p. 230.

rural de la Red de Solidaridad Social¹⁰⁰. Resulta igualmente importante señalar que así como la ley establece los parámetros para adquirir la condición de desplazado –retomando la definición previamente establecida por el documento CONPES 2804 de 2005–, igualmente indica que la condición de desplazado forzado por la violencia cesa cuando se logra la consolidación y estabilización socioeconómica, bien sea en su lugar de origen o en las zonas de reasentamiento.

Todo lo anterior evidencia cómo la problemática del desplazamiento forzado fue emergiendo como tema meritorio en la agenda política nacional, a la vez que en la comunidad internacional múltiples documentos eran expedidos por los órganos multilaterales, contentivos de obligaciones, estudios, sugerencias y principios, reforzando la importancia del drama humano que suponen los desterrados, desclasados, desarraigados y desplazados¹⁰¹.

Podría decirse entonces que este es, grosso modo, el contexto de expedición de la Ley, momento fundamental porque es cuando se inauguran –normativamente hablando– el trabajo y las preocupaciones sobre el fenómeno, no obstante lo cual esta Ley no alcanzó a intervenir certeramente la realidad en los dos ángulos de interés: en la prevención y el tratamiento de necesidades y restablecimiento de

¹⁰⁰ Sobre la política del retorno, en octubre de 2009 el SNAIPD expidió el documento “*Lineamientos, Metodología e Instrumentalización de la Política Pública de Retorno para la Población en Situación de Desplazamiento*”. Disponible en: http://www.accionsocial.gov.co/documentos/4636_Pol%C3%ADtica_P%C3%BAblica_de_Retornos.pdf. Consultado el 24/10/2012.

¹⁰¹ De este tenor es el documento expedido por las Naciones Unidas el 11 de febrero de 1998, titulado “*Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*”, catálogo cuyo uso es de la naturaleza del *soft law*¹⁰¹ pero que significó importante pauta para el desarrollo y la instauración de políticas a nivel interno.

derechos de las personas desplazadas. Así lo manifestaron los profesores César Rodríguez y Diana Rodríguez, al indicar que *“tanto funcionarios públicos como miembros de ONG que han litigado el caso reconocen que el grado de ineficacia de estos documentos era tal que no equivalían a una política pública operante”*¹⁰². Afirmación que se vio reforzada por el director de CODHES, quien reveló en una entrevista que: *“los procesos de política pública preexistentes a la sentencia T-025 eran absolutamente precarios. [...] Hasta ese momento había documentos CONPES, y cosas así muy genéricas, [pero] no había una política pública”*¹⁰³.

2.3. Sentencia T – 025 de 2004: El desplazamiento forzado como un estado de cosas inconstitucional

En los años posteriores a la promulgación de la Ley 387 de 1997, el índice de desplazamiento forzado alcanzó su punto más alto con un promedio de 331.877 desplazados por año en el período de 1998 a 2002, lo que obligó a la Corte Constitucional, en el año 2004 a dictar el que algunos académicos llamaron el *fallo más ambicioso*¹⁰⁴ de los tres lustros de la Corporación.

La sentencia T – 025 de 2004 se expidió en virtud de la acumulación de 108 expedientes correspondientes al mismo número de acciones de tutela con similar

¹⁰² RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRÍGUEZ FRANCO, *Ob. Cit.* p. 43.

¹⁰³ Entrevista con Marco Romero, director de CODHES, 19 de diciembre de 2008. Citado en *Ibid.*, p. 42.

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Ob. Cit.* p. 13.

pretensión, interpuestas por 1.150 núcleos familiares¹⁰⁵ y es considerada a la fecha, una especie de “*macrosentencia*”¹⁰⁶ frente al fenómeno del desplazamiento interno en nuestro país.

En primer lugar, la Corte reconoció que los hechos comunes que dieron lugar a las múltiples tutelas son, principalmente, la ausencia de ayuda humanitaria de emergencia y la falta de orientación por parte del Gobierno para acceder a los programas de atención al desplazado, en particular en materia de vivienda, proyectos productivos, atención en salud y educación; situación que obligó en la mayoría de los casos a las víctimas a vivir un “peregrinaje institucional” que solo contribuyó a la revictimización de los desplazados. Por otro lado, estaba claro para el momento, que en materia de desplazamiento forzado eran escasos los instrumentos legislativos, administrativos y presupuestales para evitar la vulneración de los derechos¹⁰⁷, evidenciando la necesidad de una “solución general” para todas aquellas personas víctimas del desplazamiento forzado y no

¹⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia T- 025 de 2004. Referencia: T-653010 y acumulados. Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña, Agripina María Núñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, y otros. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D. C., veintidós (22) de enero de dos mil cuatro (2004).

¹⁰⁶ “Se trata de una verdadera “macrosentencia” por 1) el tamaño de la población beneficiaria, 2) la gravedad de las violaciones de derechos que pretende resolver, 3) los numerosos actores estatales y sociales que involucra, y 4) la ambición y duración del proceso de implementación de las órdenes del fallo, que lleva seis años y sigue abierto. La envergadura del caso amplía, como por un efecto de lupa, los retos y las oportunidades para la garantía de los derechos sociales en las condiciones de países latinoamericanos (y de otras partes del mundo) en los que se combinan la presencia de cortes activistas, el litigio y la movilización social a favor de los derechos, y la existencia de Estados fragmentados y burocracias con capacidad (y voluntad) limitadas para aplicar esos derechos”. RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Ob. Cit.* p. 14.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Ob. Cit.* p. 84.

solo para aquellas que impetraron la acción. Es de este modo que, argumenta la Corte, se configuraban los requisitos para la declaratoria del *Estado de Cosas Inconstitucional*:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) 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 importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial¹⁰⁸.

En la providencia bajo examen, el problema jurídico esencial que se traza la Corte Constitucional es analizar si se vulneraban los derechos a la vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, de petición, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños, cuando las entidades encargadas de otorgar las ayudas omiten dar respuesta de fondo a las

¹⁰⁸ Corte Constitucional. Sentencia T- 025 de 2004, *Ob. Cit.*, párr. 7, pág. 80.

solicitudes de los desplazados. Al encontrar que sí había tal vulneración, a manos de varias entidades del Estado, profirió la declaratoria en los siguientes términos:

La Sala Tercera de Revisión, al resolver sobre las presentes acciones de tutela, concluye que por las condiciones de vulnerabilidad extrema en las cuales se encuentra la población desplazada, así como por la omisión reiterada de brindarle una protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades encargadas de su atención, se han violado tanto a los actores en el presente proceso, como a la población desplazada en general, sus derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, de petición, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños (apartados 5 y 6). Esta violación ha venido ocurriendo de manera masiva, prolongada y reiterada y no es imputable a una única autoridad, sino que obedece a un problema estructural que afecta a toda la política de atención diseñada por el Estado, y a sus distintos componentes, en razón a la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla. (Apartado 6.3) Tal situación constituye un *estado de cosas inconstitucional* que será declarado formalmente en esta sentencia (apartado 7 y ordinal primero de la parte resolutive)¹⁰⁹.

Esta figura es uno de los grandes aportes de la Corte Constitucional Colombiana al constitucionalismo nacional e internacional¹¹⁰ para la defensa de los derechos humanos fundamentales en situaciones de manifiesta desprotección; es una figura de mucha fuerza política que prueba el ascenso del activismo judicial dentro del

¹⁰⁹ Corte Constitucional. Sentencia T- 025 de 2004, *Ob. Cit.*, Párr. 2.2, pág. 39.

¹¹⁰ RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). *Más allá del desplazamiento forzado. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Uniandes, ACNUR y ASDI. 2009, p. 435.

Estado Constitucional, pues implica una declaración explícita de fracaso de las políticas gubernamentales. De ahí que su declaratoria deba ser excepcional, pues siempre lleva intrínseco el riesgo de una indistinción de los poderes, violando el principio de separación funcional de los mismos, toda vez que esta figura supone la intervención del juez en ámbitos antes reservados al poder ejecutivo y en parte al legislativo, dándole al juez constitucional la oportunidad de intervenir, por años, mediante los seguimientos (actos y audiencias públicas básicamente), a la actividad política de estos órganos.

Dado su carácter político, esta figura tiene la finalidad de evidenciar situaciones lesivas a los principios del Estado Constitucional y a su catálogo de derechos constitucionalmente reconocidos. Pero además de ello, tiene también la vocación “pragmática”¹¹¹ de gestionar políticas para que se corrijan las situaciones de vulneración de derechos y, a cambio, se recobre la vigencia del orden constitucional respecto de las personas víctimas; de manera que la declaratoria no tiene la propensión de mantenerse en el tiempo, pues su cometido no es solo de denuncia, es también y principalmente, de solución.

Aun cuando ya se habían realizado siete declaratorias de *Estado de Cosas Inconstitucionales*¹¹², esta sentencia es emblemática pues, además de evidenciar

¹¹¹RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). *Ob. Cit.* p. 438.

¹¹² “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 afiliar 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

la falencia de protección de derechos por parte de las autoridades, resguardó su competencia a actividades de control posterior a la sentencia a través de autos, indicadores de gestión y audiencias públicas, y procedió a expedir una serie de órdenes¹¹³ que involucraban tanto al Estado como a la sociedad civil, con el fin de que fueran desarrolladas verdaderas y efectivas políticas públicas que contribuyeran a disminuir la condición de vulnerabilidad de los desplazados, mostrándose decidida a hacer cumplir las indicaciones de la sentencia.

A juicio de los autores César Rodríguez y Diana Rodríguez, la sentencia T - 025 es quizá, en materia latinoamericana, el intento más explícito y sistemático por asegurar la implementación de una *macrosentencia* (Cfr. pie de página No. 102) Igualmente afirman que si bien el problema de los desplazados en Colombia aún está lejos de ser resuelto, son innegables los efectos tanto simbólicos como prácticos que tuvo la sentencia en nuestra país, en la medida en que fue la encargada de “crear” el problema del desplazamiento forzado como un asunto

prestaciones sociales previstos en la ley. 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 sindicados y procesados detenidos en las distintas cárceles del país; 2) debido a la falta de un sistema de seguridad social en salud para los sindicados y reclusos; 3) por la mora habitual en el pago de mesadas pensionales, durante un período prolongado de tiempo, en los departamentos del Bolívar y 4) de Chocó; 5) por omisiones en la protección de la vida de defensores de derechos humanos y 6) por la omisión en la convocatoria de un concurso de méritos para el nombramiento de notarios.”Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004, *Ob. Cit.*, Párr. 7, pág. 83.

¹¹³ “En consecuencia ha ordenado, entre otras cosas y, según el caso, que (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”. Corte Constitucional. Sentencia T- 025 de 2004, *Ob. Cit.*, Párr. 7, pág. 50.

público y urgente de derechos humanos, y no como un mero efecto colateral del conflicto armado: “mediante este efecto creador, [...] la Corte contribuyó a enmarcar la situación de los desplazados –que antes era considerada un efecto colateral del conflicto armado– como un problema de violación de derechos humanos que requería una reacción inmediata”¹¹⁴.

Y a partir de todas las declaraciones hechas en la sentencia, se ha edificado buena parte de las políticas públicas actuales¹¹⁵, a la par que la Corte Constitucional, que lleva un proceso bastante garantista sobre el tema desde la primera sentencia que profirió sobre el desplazamiento forzado (T-227 de 1997, MP: Alejandro Martínez Caballero); lo cierto es, en todo caso, que el impulso dado a estas políticas se debe, en definitiva, a la actividad de la Corte Constitucional, en su actividad de protección de los derechos fundamentales de las poblaciones vulnerables y en férreo acatamiento del Bloque de Constitucionalidad.

¹¹⁴ RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Ob. Cit.* p. 63.

¹¹⁵ “La ley 387 fue la base para reconocer el desplazamiento por parte de Estado, pero evidentemente el salto cualitativo más importante que se ha dado en la política pública es la sentencia [...] Casi no hay un programa importante hoy que no sea producto de la sentencia T-025, por el hecho que antes de la sentencia T-025 solo había una atención parcial de ayuda humanitaria. Entrevista con Marco Romero, director de CODHES, 19 de diciembre de 2008. Citado en: RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Ob. Cit.* p. 42.

2.3.1. Sentencia T – 025 de 2004 y derechos prestacionales de la población víctima del desplazamiento forzado

En la sentencia en comento, la Corte Constitucional es enfática en señalar unos mínimos indisponibles en cuanto a derechos, es decir, que en ningún caso se puede amenazar el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales mínimos que las autoridades públicas deben garantizar a las personas víctimas del desplazamiento forzado, y a sabiendas que la jurisprudencia de la Corte hace parte integral del ordenamiento jurídico, deben entenderse estas declaraciones de la sentencia como un desarrollo más de los derechos prestacionales, de suerte que no le está dado al legislador, en virtud del principio de *progresividad y no regresividad*, conceder menos de lo allí estipulado.

Dijo entonces la Corte con este propósito que no se podrán desmejorar ni poner en riesgo “los derechos a la vida, a la dignidad, a la integridad física, psicológica y moral, a la unidad familiar, a la prestación del servicio de salud que sea urgente y básico, a la protección frente a prácticas discriminatorias basadas en la condición de desplazamiento, y al derecho a la educación hasta los quince años para el caso de los niños en situación de desplazamiento”¹¹⁶. El argumento descansa en los desarrollos y definición del Estado Social de Derecho, donde es tarea de las autoridades corregir las desigualdades en la sociedad a través de acciones

¹¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T- 025 de 2004, *Ob. Cit.*, párr. 2.2., pág. 41.

positivas que devienen obligaciones específicas del Estado y que no pueden desconocerse, como la necesidad, especialmente importante tratándose de población desplazada, de “estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad”¹¹⁷, lo que constituye un mandato de acción que no puede quedar infinitamente relegado, bajo argumentos de tipo eficientista y presupuestal¹¹⁸, y que ya venía asegurando la Corte desde la sentencia T-595 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

Para lograr determinar cuáles son los derechos sociales, económicos y culturales que precisan de un desarrollo progresivo, la Corte ha dicho que: “los derechos de marcado contenido prestacional que forman parte del mínimo que siempre ha de ser garantizado a todos los desplazados son aquellos que guardan una conexidad estrecha con la preservación de la vida en circunstancias elementales de dignidad como seres humanos distintos y autónomos”¹¹⁹. Se entiende, entonces, que las necesidades básicas que permiten vivir con dignidad, que permiten la vida como seres autónomos y distintos, son aquellas a las que el Estado debe atender de manera privilegiada y será la manera de identificar aquellos derechos a los que las autoridades deben dar prevalencia y sobre los que no pueden predicar políticas regresivas.

¹¹⁷ *Ibid.*, párr. 8.1, pág. 88.

¹¹⁸ *Ibid.*, párr. 8.1, pág. 89.

¹¹⁹ *Ibid.*, párr. 9, pág. 97. (Subrayas fuera del texto)

La sentencia T- 025, en su diagnóstico de las políticas públicas acerca del desplazamiento forzado en Colombia, destaca a los derechos prestacionales, que están íntimamente relacionados con la posibilidad de una vida digna y auténtica como ser humano, como mínimos irrenunciables que deben las autoridades públicas garantizar y gestionar, siguiendo la línea trazada desde la jurisprudencia anterior sobre el tema de desplazamiento forzado, donde de forma contundente asignó responsabilidades al Estado y reivindicó la posición del desplazado como sujeto de derechos.

De esta forma, la Corte ha reconocido los derechos prestacionales de la población desplazada, desde la exigencia de la solidaridad por parte de todas las personas, principiando, como es lógico, por los funcionarios del Estado¹²⁰, pasando por sus derechos a la vivienda¹²¹, salud y seguridad social, la recreación y deporte, la educación, la familia y el trabajo.

¹²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T - 227 de 1997. Referencia: Expediente T-116357. Acción de tutela instaurada por el Brigadier Roper Mora y otros. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, Santa Fe de Bogotá D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997). Fue la primera dictada por la Corte en materia de desplazamiento forzado, allí la corporación tuteló los derechos de un grupo de desplazados de la Hacienda Bellacruz, quienes firmaron un acuerdo con el gobierno para ser reubicados en un predio. Mientras se lograba la ejecución del acuerdo, los campesinos quedaron alojados temporalmente en un hotel del municipio de la Mesa, pero a raíz de las declaraciones de la gobernadora de Cundinamarca, quien acusó a los desplazados de estar vinculados a la guerrilla y de generar problemas de orden público, requirió a los alcaldes del departamento para que limitaran la circulación de los campesinos, por lo que se frustra el proceso de reubicación.

¹²¹ Entre otras: Corte Constitucional. Sentencia T-585 de 2006. Referencia: expediente T-1192765. Acción de tutela instaurada por Alba Luz Martínez y otros, en contra de: Municipios de Bucaramanga, Floridablanca y Girón, Gobernación de Santander, INVISBU y Oficina de Vivienda de la Gobernación de Santander. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil seis (2006).

Corte Constitucional. Sentencia T – 068 de 2010. Referencia: expediente T-2.249.911. Acción de tutela instaurada por Nidia Rosario Chaguendo Palechor contra la Alcaldía Municipal de Fusagasugá. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010).

2.3.2. Autos de seguimiento de la Corte al estado de cosas inconstitucional

Como se destacó en el acápite anterior, una de las diferencias, claramente una virtud, de la sentencia T – 025 de 2004 frente a las pasadas declaratorias de Estado de Cosas Inconstitucional, fue haber resguardado la competencia de la Corte para hacer un seguimiento detallado, continuado y cercano de la actividad del Estado respecto del tema, en especial de las órdenes impartidas en la sentencia con el objeto de verificar el cumplimiento de la misma y mejorar el procedimiento respecto a las declaratorias anteriores. Esto de conformidad con el inciso cuarto del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991¹²²:

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que este completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza. (Subrayas fuera del texto).

De este modo, los autos de seguimiento junto con las audiencias públicas han sido un mecanismo de monitoreo emblemático¹²³, con el fin de dar continuidad a las políticas y a las órdenes impartidas en la sentencia y mediante los cuales ha

¹²² REPÚBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2591 (19, noviembre, 1991). **Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.** Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991. Bogotá, D.C.

¹²³ Entre enero de 2004 y enero de 2010, la Corte dictó 84 autos y ha realizado 13 audiencias públicas. RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Ob. Cit.* p. 85.

solicitado la Corte informes, establecido indicadores de gestión y pedido acciones mucho más concretas.

Entre los principales Autos expedidos por la H. Corte Constitucional, se encuentran los autos 008 de 2009 y 219 de 2011, los cuales se preocupan por hacer una evaluación exhaustiva frente a los avances en las órdenes fijadas en la sentencia T - 025 de 2004. En cada uno de los Autos, la Corporación reitera que si bien pueden apreciarse ciertos avances en cada una de las órdenes prefijadas, el avance ha sido tan lento que aún no puede darse por superado el Estado de Cosas Inconstitucional previamente declarado. Así lo manifestó la Corporación en el acápite de RESUELVE del auto 219 de 2011:

Primero.- CONSTATAR que persiste el estado de cosas inconstitucional, a pesar de los esfuerzos realizados por el Gobierno Nacional y los resultados obtenidos hasta el momento. (...), la Sala Especial de Seguimiento, igualmente CONSTATA que a pesar de los logros alcanzados en algunos derechos, las cifras en términos de goce efectivo de derechos y de efectividad de los ajustes realizados para superar las falencias de capacidad institucional, de coordinación y de esfuerzo presupuestal requerido presentados por el Gobierno Nacional no logran demostrar que se haya logrado un avance sistemático e integral en el goce efectivo de todos los derechos de la población víctima de desplazamiento forzado y en la superación efectiva de las condiciones que dieron lugar a dicha declaratoria.

En virtud de la competencia extraída del decreto, la Corte Constitucional ha indicado que la importancia de mantener la competencia del juez de tutela

mientras cesan las condiciones que fueron causales de la misma, se da en función de dos razones principales:

En primer lugar, se trata de una regla necesaria para cumplir con el mandato según el cual todas las autoridades estatales deben garantizar el goce efectivo del derecho (artículo 2 C.P.). Por encima de las dificultades prácticas y trabas formales, el juez está llamado a tomar las medidas que se requieran para que, en realidad, la persona afectada pueda disfrutar de su derecho. Una sentencia de tutela no puede quedar escrita, tiene que materializarse en conductas positivas o negativas a favor de las personas cuyo derecho fue amparado. La segunda razón es que el remedio al que recurre un juez constitucional para salvaguardar un derecho, en ocasiones no supone órdenes simples, ejecutables en un breve término mediante una decisión única del destinatario de la orden, sino *órdenes complejas*, es decir, mandatos de hacer que generalmente requieren del transcurso de un lapso significativo de tiempo (...) ¹²⁴

El otro mecanismo de monitoreo, en virtud de esta potestad de vigilancia frente al cumplimiento de la sentencia, son las audiencias públicas que la Corte Constitucional ha venido realizando –14 para el año 2010– en las que les ha solicitado a las diferentes entidades públicas el rendimiento de cuentas frente a las órdenes proferidas. Igualmente, mediante la expedición de autos 84 hasta el año 2010 ¹²⁵ la Corporación se ha encargado de ir precisando, ampliando e incluso

¹²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-086 de 2003. Referencia: expediente T-650948. Acción de tutela de Evangelina Blanco de Zúñiga contra la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior de Cartagena. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de dos mil tres (2003).

¹²⁵ RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Ob. Cit.* p. 14.

evaluando mediante una batería de indicadores, las órdenes que previamente habían sido emitidas en la declaratoria de Estado de Cosas Inconstitucional.¹²⁶

Como se dijo previamente, la posibilidad que se adjudicó la Corte, previo mandato legal, de realizar un seguimiento detallado a la sentencia, fue un gran avance para la materialización de los derechos de los desplazados toda vez que, al estar en constante revisión las órdenes proferidas, esto ha servido como mecanismo de presión para los entes estatales. Así lo corroboró una funcionaria del Departamento Nacional de Planeación al manifestar que:

El hecho de presionarnos también nos obligó a trabajar en esta línea, a trabajar de una manera rápida. De no haber sido por la sentencia, yo creo que no tendríamos para nada los avances que tenemos ahora. No quiero decir que no se estuviera atendiendo la población pero creo que no tendríamos para nada lo que tenemos ahora.¹²⁷

¹²⁶ Entre los principales Autos expedidos por la H. Corte Constitucional, se encuentran los autos 008 de 2009 y 219 de 2011, los cuales se preocupan por hacer una evaluación exhaustiva frente a los avances en las órdenes fijadas en la sentencia T-025 de 2004. En cada uno de los Autos, la Corporación reitera que si bien pueden apreciarse ciertos avances en cada una de las órdenes prefijadas, el avance ha sido tan lento que aún no puede darse por superado el Estado de Cosas Inconstitucional previamente declarado.

¹²⁷ Entrevista con María Angélica Alvarado, Departamento Nacional de Planeación, 9 de enero de 2009. Citado en: RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Ob. Cit.*, p. 141.

2.4. Ley 1448 de 2011. Ley de víctimas y restitución de tierras

2.4.1. Contexto de la ley: conflicto armado, procesos de paz; verdad, justicia y reparación

Desde hace alrededor de 9 años, con la introducción de la figura de la justicia transicional en Colombia, el país ha pasado por una especie de regocijo legislativo que ha hecho creer a los ciudadanos de manera constante que se está *ad portas* de un verdadero proceso de paz y de un cambio social sustancial. Hechos como la Ley 975 de 2005 *de Justicia y Paz* y la reciente Ley 1448 de 2011 *de Víctimas y Restitución de Tierras*, han generado en la sociedad una profunda confianza en las posibilidades de materializar una paz duradera en el territorio.

En este sentido, la Ley 975 de 2005 *de Justicia y Paz* trajo como objetivo facilitar los procesos de paz y la reincorporación a la vida civil de los miembros de grupos armados al margen de la ley y, además, garantizar los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral de las víctimas del conflicto armado, lo anterior, con el fin de lograr la reconciliación nacional y conseguir la paz para el país.

Tal compromiso con la paz que adquirió el país (los poderes, la opinión pública, la sociedad civil) se fundó sobre la base de la figura de la víctima, invisibilizada durante años, como sujeto fundamental dentro del proceso de reconciliación, el

cual comporta componentes tanto políticos (a través de la legislación y los procesos penales) como sociales (a través de la reparación económica y simbólica). Este, podría decirse, es uno de los grandes compromisos políticos que asume la Ley de Justicia y Paz, al haber recuperado la figura de la víctima y haberla puesto en el primer plano de importancia.

En orden a lo anterior, la Ley 1448 de 2011 de *Víctimas y Restitución de tierras*, fuente normativa principal del estudio de la presente monografía, le apuesta específicamente, a la adopción de los mecanismos necesarios para reivindicar y dignificar el presente de las víctimas del conflicto armado interno mediante el establecimiento de una serie de principios constitucionales y políticas públicas que disciplinan tanto las responsabilidades del Estado respecto de las víctimas, incluidos allí los desplazados, como los mecanismos que se deben aplicar para la superación de tal estado de cosas.

En el contexto nacional actual sobre la posición política de la víctima, la Ley 1448 tiene importantes méritos por dos razones fundamentales: porque recoge y tiene en cuenta los antecedentes, tanto normativos como fácticos del fenómeno y elabora desde el reconocimiento de esas prácticas una política que se concentra en los aspectos más determinantes¹²⁸ y porque está desarrollada dentro de los

¹²⁸ CONGRESO DE AL REPÚBLICA. Exposición de motivos Ley 1148 “*Por medio del cual se dictan medidas para la protección de víctimas de la violencia*”. Bogotá, 09, Julio, 2009. (internet). Disponible en: http://www.juanfernandocristo.com/sitio/index.php?option=com_content&view=article&id=121:nuevo-

márgenes de los dictados del derecho internacional y las múltiples ONG's que han servido de garantes en el proceso colombiano.

Esta Ley que, en el marco de la justicia transicional, tiene como objetivo la transición a un proceso de paz, se ha preocupado especialmente por las víctimas del conflicto buscando la restitución y goce efectivo de sus derechos, toda vez que este “causa múltiples daños al país y a las víctimas directas. Éstas sufren pérdidas materiales y económicas que menoscaban su bienestar (Ibáñez et al., 2006, e Ibáñez, 2009), deterioro de las condiciones laborales (Guataquí y Silva, 2006), ruptura de redes que dificulta su integración social (Meertens, 1999, y Bello, 2000), desarraigo de la comunidad de origen que limita el ejercicio de la ciudadanía política (Restrepo, 2010) y pérdida de reconocimiento social como personas capaces de aportar al desarrollo económico y social del país (Pérez, 2004, y Correa et al., 2009).

Para la sociedad, las pérdidas se expresan en la reducción de la productividad agrícola (Ibáñez et al., 2006), la dependencia de la población desplazada de la ayuda estatal, el deterioro de los mercados laborales (Calderón e Ibáñez, 2009) y

proyecto-de-ley-de-victimas-de-la-violencia-radicado-el-7-de-julio-de-2009&catid=35:el-proyecto&Itemid=32. Consultado el 21/10/2012.

la alta carga fiscal que supone el cumplimiento del deber constitucional de atender y reparar integralmente a las víctimas”¹²⁹.

Es bajo la descripción de tal paisaje de daños que *la justicia, la verdad y la reparación* comportan el carácter de derechos fundamentales propios de la población desplazada toda vez que se convierten en urgentes para garantizarle la vida digna, y su satisfacción resulta indispensable para superar el Estado de Cosas Inconstitucional que ha declarado la Corte Constitucional en sentencia T-025 de 2004 en materia de desplazamiento forzado. En consecuencia, el reconocimiento de esos derechos y la prioridad de acceder a los servicios del Estado –a través de los beneficios que la ley otorga– constituyen la reparación integral para las víctimas del desplazamiento y para sus familiares quienes también son reconocidos como tales en el marco de esta Ley.

¹²⁹ Ibáñez, A. M. y A. Moya. “¿Cómo el desplazamiento forzado deteriora el bienestar de los hogares desplazados?: Análisis y determinantes del bienestar en los municipios de recepción”, *Documentos CEDE* 2006-26, 2006; Ibáñez, A. M. *El desplazamiento forzado en Colombia: ¿Un camino sin retorno hacia la pobreza?*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2009. Guataquí, J. C. y C. Silva. “Inserción de la migración interna y el desplazamiento forzado en el mercado laboral urbano de Colombia, 2001-2005”, Bogotá, 2006. Meertens, D. “Desplazamiento forzado y género: trayectorias y estrategias de reconstrucción vital”, F. Cubides y C. Domínguez, eds., *Desplazados, migraciones internas y reestructuraciones territoriales*, Bogotá, Universidad Nacional, 1999; Bello, M. “Narrativas alternativas: rutas para reconstruir la identidad”, M. Bello, E. Cardinal y F. Arias, eds., *Efectos psicosociales y culturales del desplazamiento*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2000. Restrepo, E. “¿Cómo garantizar justicia a los desplazados? El desplazado como paria. La garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del delito de desplazamiento forzado en Colombia”, C. Rodríguez, coord., *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010. Pérez, L. E. *Población desplazada: entre la vulnerabilidad, la pobreza y la exclusión*, Bogotá, Red de Solidaridad Social, 2004; Correa, A. et al. *Desplazamiento interno forzado. Restablecimiento urbano e identidad social*, Barranquilla, Ediciones Uninorte, 2009. Ibáñez, A. M., A. Moya y A. Velásquez. “Hacia una política proactiva para la población desplazada en Colombia”, Informe final presentado a USAID, 2006. Ibáñez, A. M., A. Moya y A. Velásquez. “Hacia una política proactiva para la población desplazada en Colombia”, Informe final presentado a USAID, 2006; Calderón, V. y A. M. Ibáñez. “The impact of internal migration on local labor markets: Evidence from internally displaced populations in Colombia”, *Documentos CEDE* 2009-14, 2009. En BOHADA R María del Pilar, *Ob. Cit.* pp. 259-298.

No obstante el contexto ya dado, es legítima la duda acerca del concepto y la calidad de víctima del desplazamiento forzado, las relaciones de poder inmersas en la utilización y manutención de dicha categoría y, además, el tema de la representación de estos individuos que, considerados en situación de vulnerabilidad, resulta tan controversial ya que da cuenta en la realidad material de cómo han sido desplazados *del y por* el poder (o los poderes) y entonces ahora resultan víctimas de una representación dada tal vez por el mismo poder que los desplazó; generándose un círculo vicioso sistemático que desgasta cada vez más la dignidad humana de estos individuos en medio de una eficacia simbólica de leyes y políticas públicas que quieren dar cuenta de que “algo se está haciendo” y la realidad resulta siendo una representación tal vez engañosa.

Así las cosas, la ley en cuestión emerge en un contexto político especial y caracterizado, de forma principal, por la relevancia de la posición de las *víctimas* y los derechos que deben revestirlas en esta condición, que empezó a ser una posición jurídica y social muy fuerte y relevante.

2.4.2. Contenido de la Ley

Para comenzar el estudio de la Ley, es preciso señalar que está sustentada en los principios internacionales y en el marco de la Constitución Nacional; así, para el reconocimiento de la dignidad de las personas víctimas del conflicto, la Ley 1448 incluye y resalta los principios de buena fe, igualdad de todas las víctimas y el

enfoque diferencial para guiar de manera específica la aplicación de las medidas consistentes en la ayuda, la asistencia y la reparación de las víctimas. Así, el primero de los principios citados implica la liberación de la víctima de la carga de la prueba de los hechos para demostrar su calidad como tal, así dicha carga le es sumada al Estado; el segundo de ellos, trata como víctima a toda persona que haya sufrido un daño como consecuencia de violaciones a las normas de derechos humanos o al derecho internacional humanitario sin importar quién haya sido el victimario y, el último, hace referencia a la diferenciación prioritaria para la atención a las víctimas en razón de su vulnerabilidad por razones de edad, discapacidad, género u orientación sexual.

En su contenido, la ley plantea un concepto único de víctimas y prioriza la atención y los servicios del Estado para ellas; también trae unas bases para implementar la política pública para la atención y reparación integral partiendo de los principios de **progresividad**, gradualidad y sostenibilidad. Además, la ley establece una arquitectura institucional con funciones específicas para el apoyo y la ejecución del proyecto en escena, así: se crea el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas –SNARIV– para la formulación, implementación y monitoreo de la política por parte de las entidades nacionales y territoriales; se conforma el Departamento Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación que tiene a su cargo la atención a grupos vulnerables y la reintegración social y económica y *“dará lineamientos de política a la nueva Unidad Administrativa Especial para la*

Atención y Reparación Integral que será la encargada de coordinar y armonizar las actuaciones de las entidades que conforman el Sistema”¹³⁰.

También se prevé la creación del Centro de Memoria Histórica para reunir y recuperar todo el material que dé cuenta de los hechos que llevaron al contexto de violación de los derechos humanos de las víctimas y se crea la Red Nacional de Información para la Atención y Reparación a las víctimas que servirá como herramienta para sistematizar la información acerca de las diferentes circunstancias y causas que dieron origen a las violaciones de los derechos de las víctimas para facilitar, en adelante, su reconocimiento para la reparación. Con lo anterior, se persigue un impacto real y tangible en el mediano plazo para lo que se requerirá de la coordinación entre el sector público, privado y la sociedad civil. La expectativa es que su ejecución efectiva se haga en 10 años, tarea que necesitará de la paciencia de la víctima, del trabajo en la seguridad de las zonas de restitución (neutralización de los poderes locales y respuesta asertiva a las **dinámicas del conflicto**), sostenibilidad del proceso y necesidad específica de que el poder judicial responda con la celeridad adecuada.

El estudio del contenido importa, pues ayuda a avizorar la importancia estratégica y política de la Ley para asumir el problema de las víctimas, especialmente, en los

¹³⁰ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional -ACCIÓN SOCIAL-. *ABC de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras*, p.3 (internet). Disponible en: <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=FRW94oAX3Ec%3D&tabid=1080>; Consultado el 1/09/2012.

temas de desplazamiento forzado. De este modo, el gran aporte de la Ley radica en la nueva oportunidad que le surge al país con el discurso esperanzador que sostiene acerca de la posibilidad de asumir de forma prioritaria la tragedia del desplazamiento, superando ese Estado de Cosas Inconstitucional que la Corte declaró en la sentencia T-025 de 2004. Sin embargo, ante la expectativa de la sociedad y sobre todo de las víctimas directas de la violencia con la nueva ley 1448, vale la pena hacer un alto en el camino y realizar una mirada analítica y crítica al “altruismo” de su contenido que hoy se suma al espectro normativo que acompaña el tema de víctimas y desplazamiento.

III. EN BUSCA DE UNA TENSIÓN: ¿RESPETA LA LEY 1448 DE 2011 EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD EN MATERIA DE DERECHOS PRESTACIONALES PARA LA POBLACIÓN VÍCTIMA DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO? UN ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD

“La ley [de víctimas] es también una manera de incluir en el proyecto de nación a ciudadanos y comunidades que por décadas han vivido en la periferia del poder y del progreso, en una especie de lejano oeste donde ha imperado la ley del más fuerte. En ese sentido, su aplicación es una oportunidad para que el Estado vaya allí a donde nunca ha hecho presencia y para recuperar de manos de las mafias las instituciones que han sido capturadas por ellas”.

REVISTA SEMANA. *Ley de Víctimas: un paso histórico*. Trabajo galardonado con el premio Excelencia Periodística 2012 en la categoría Periodismo en Profundidad otorgado por la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP).

1. Una revisión de la Ley 1448 de 2011

El ánimo que impulsa este estudio de constitucionalidad de la Ley 1448 de 2011, está acompañado de la firme convicción de que las personas –incluidos allí los académicos– deben ejercer un papel activo, participativo y veedor del ejercicio de los poderes. Por ello una consigna es la defensa de los derechos, importantes logros liberales, y para el caso presente, los derechos de las personas más vulnerables como son catalogadas de forma tristemente pacífica las personas víctimas del desplazamiento forzado.

De este modo y con estas motivaciones, se emprenderá a continuación el estudio de constitucionalidad, con la perspectiva del principio de progresividad y no regresividad, de los artículos 9, 51, 60 y 125 de la Ley 1448 de 2011. Estos artículos fueron escogidos no a golpe de intuición, sino basándose en una demanda de inexecutable que para el momento de escritura de esta monografía cursa en la Corte Constitucional contra la Ley en comento por los cargos de violación al principio de progresividad. De este modo, por la sensibilidad que se profesa por el tema del desplazamiento y por encontrar en el principio un nicho interesante de estudio tanto del derecho (es decir, de la Ley) como de las instituciones constitucionales y políticas, es que se optó por esta dirección.

Como metodología de trabajo de este capítulo, se procederá a la manera de una estructura silogística, de suerte que se estudie el contenido del derecho presuntamente amenazado, con el ánimo de definir sus contornos, alcance y estructura (*premisa mayor*); seguidamente el entendimiento e interpretación que se hará de los artículos bajo examen, donde se planteará el “problema jurídico” que se debe resolver (*premisa menor*); para terminar en la definición de su inconstitucionalidad o, por el contrario, de su apego a la Constitución en términos de progresividad y no regresividad (*conclusión*).

2. Artículo 60 de la Ley 1448 de 2011: derecho a la reparación integral

2.1. Premisa Mayor: los contornos del derecho a la reparación integral

Al reconocimiento de la persona como ser social, sujeto de derechos, con libertad y voluntad, subyace igualmente la imputación de la responsabilidad por sus actos, de tal modo que en cuanto de ellos pueda derivarse la causación de un daño a otro sin hallarse una causa justificativa, deberá restablecerse el derecho lesionado para de esa forma reivindicar la dignidad del ofendido.

Ello supone, igualmente, el reconocimiento de la víctima como aquella que habiendo sufrido el daño, en tanto sujeto de derechos, está facultada para reclamar la reparación del mismo, en virtud de los perjuicios causados.

La reparación adquiere entonces la categoría de derecho subjetivo fundamental¹³¹ que implica, en primer lugar, que la persona que sufre el daño no tiene la obligación jurídica de soportarlo y por lo tanto le debe ser reparado, y en segundo lugar, que todas las personas deben responder por sus actos y por los de aquellos que se encuentren en su esfera jurídica de protección.

Surge entonces como expresión de la reparación el derecho de la víctima a reclamar de quien ha generado el daño, que el perjuicio causado le sea integralmente resarcido, como una manifestación de equilibrio en cuanto el daño deberá ser la medida de la reparación. El derecho a la reparación implica rescatar a favor de la víctima la posibilidad de exigir de su victimario la obligación de regresar las cosas al estado previo a la ofensa o daño, radicando en su poder los medios para acceder a la justicia y encontrar las condiciones necesarias para hacer valer sus derechos.

La reparación, como derecho fundamental de la víctima, tiene un papel principalísimo en la reconstrucción del tejido social, en tanto se erige en condición necesaria para un verdadero proceso de reconciliación entre la víctima y el

¹³¹ En sentencia T-085 de 2009, M.P.: Jaime Araujo Rentería, la Corte Constitucional ha sostenido: “Así, las víctimas del desplazamiento **forzado tienen el derecho fundamental a obtener una reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido, comoquiera que no estaban obligadas a soportarlo**. La reparación debe ser suficiente, efectiva, rápida y proporcional al daño sufrido y comprende la restitución de la persona afectada al estado en que se encontraba antes de la violación; la indemnización de los perjuicios ocasionados, de los daños físicos y morales, la rehabilitación de la víctima y la adopción de medidas de no repetición”. (Negrilla fuera del texto).

victimario, aspecto esencial en todo proceso social que reclama como fundamental el derecho a la paz.

2.1.1 La obligación de reparar en cabeza del Estado

Como se ha venido indicando, el derecho a la reparación es eje transversal de un verdadero proceso de reconciliación y de equilibrio social y supone que quien ha perpetrado un daño a otro deba resarcirlo. Así lo ha establecido el Código Civil colombiano, artículo 2341: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*.

La obligación de reparar, que en materia Civil es tan clara en virtud del nexo causal que existe entre el victimario y el daño, resulta bastante más compleja de justificar cuando es el Estado quien debe entrar a reparar a las víctimas de las violaciones masivas de derechos humanos, no obstante se sostenga, *en principio*, que el daño no es atribuible a este sino a actuaciones de terceros¹³².

¹³² LÓPEZ MARTÍNEZ, Miguel Andrés. *Examen General de los alcances de la responsabilidad patrimonial del Estado en la política pública de desplazamiento forzado en la política pública de desplazamiento forzado*. En: Revista de estudios socio-jurídicos. Bogotá (Colombia), 13 (1): 451-487, Enero-Junio de 2011. P. 460

Frente a este interrogante, que ha suscitado múltiples opiniones, han sido los tribunales y los organismos internacionales de protección de los derechos humanos quienes desde la teoría “neo-constitucional”¹³³ se han encargado de sentar los pilares que justifican la mencionada obligación de reparar que adquieren los Estados frente a las víctimas de violaciones masivas de derechos humanos y concretamente frente a las víctimas del desplazamiento forzado.

Uno de los principales instrumentos internacionales sobre reparaciones son “*Los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*”, expuestos en la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005¹³⁴, ha establecido en el artículo IX que: “*los Estados han de procurar establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones*”, comprometiéndole de esta forma a los Estados parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser los principales garantes de las reparaciones a las víctimas.

¹³³ Para una magnífica exposición del concepto, cfr.: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. España: Editorial Trotta, 2005.

¹³⁴ Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. (Internet). Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>. Consultado el 01/12/12.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó en una de sus sentencias más importantes, *Velásquez Rodríguez vs Honduras* que, con fundamento en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual comporta el deber de *adoptar disposiciones de Derecho Interno*, no pueden existir dudas que es el Estado el encargado de responder ante las víctimas cuando este no ha sido capaz de garantizar dentro de su territorio los derechos establecidos en los pactos internacionales:

La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.¹³⁵

Si bien son múltiples los tratados y la jurisprudencia internacional donde se da por sentada la responsabilidad de reparar, plenamente atribuible al Estado cuando este no ha logrado garantizar la protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, lo relevante para los efectos académicos de esta monografía

¹³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso "Velásquez Rodríguez Vs Honduras". 26 de junio de 1987. (internet) Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, párr. 166.

es dejar claro que a la fecha no resulta viable una postura que niegue la obligación que tiene el Estado de reparar a las víctimas del desplazamiento forzado o que asuma que esta obligación debe ser concebida como una mera potestad del primero en virtud del principio de *solidaridad* que establece la Constitución. Muy por el contrario, debe quedar claro que frente al Estado las víctimas tienen un verdadero *derecho subjetivo* a ser reparadas en su calidad de víctimas, por cuanto, como ya se mencionó en repetidas oportunidades, este se mostró incapaz de cumplir con su obligación de proteger los derechos de sus ciudadanos frente a las violaciones cometidas por terceros. Este derecho, en virtud de su fuente de obligación, no admite en ningún caso el argumento fiscal como límite para su cabal cumplimiento.

Dejando expuesto el anterior punto, resulta fundamental aclarar que la obligación de reparar que asume el Estado con la víctima comporta un deber plenamente diferenciable frente otros que asume el Estado, a saber:

i) Prestación de servicios sociales. En este caso el sujeto destinatario es el ciudadano y tiene la característica de ser permanente, pues se dirigen a materializar, de manera progresiva, los derechos sociales, económicos y culturales garantizados por la Carta Política.

ii) Atención humanitaria a las víctimas de situaciones de desastre. El sujeto destinatario es la persona en condición de vulnerabilidad y es de carácter temporal

con la eventual posibilidad de ser prolongado. Se basa en consideraciones de solidaridad y humanitarismo; busca garantizar la subsistencia y proteger la dignidad de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, por lo que tiene la finalidad de aliviar el sufrimiento de esas personas y mejorar las condiciones de extrema necesidad a las que se enfrentan.

Esta diferenciación es importante y necesaria, toda vez que “[...] se trata de deberes y acciones claramente diferenciables, en lo relacionado con su fuente, su frecuencia, sus destinatarios, su duración y varios otros aspectos [...] por estas mismas razones, ninguna de tales acciones puede remplazar a otra, al punto de justificar la negación de alguna prestación específica debida por el Estado a una persona determinada, a partir del previo otorgamiento de otra(s) prestación(es) de fuente y finalidad distinta [...]”¹³⁶, hacerlo comportaría de facto una violación a los derechos de quienes por sí solos ya se encuentran en condición de víctimas.

2.1.2. El concepto de reparación integral como un deber progresivo a cargo del Estado

Como se estudió en el primer capítulo, los principios constitucionales se erigen dentro de un sistema jurídico como pilar necesario para lograr a favor a de los

¹³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C -1199 de 2008, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

ciudadanos la máxima amplitud de protección de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales¹³⁷.

El principio de progresividad, específicamente, supone una garantía para los gobernados en la medida en que este, a partir de la fuerza que le ha otorgado la jurisprudencia, se ha sabido constituir como un verdadero límite para el legislador, impidiéndole desmejorar la *protección* que previamente un derecho ha logrado alcanzar.

Si bien es cierto que el principio de progresividad siempre se ha encontrado íntimamente ligado a los derechos económicos, sociales y culturales, en la medida en que estos son esencialmente prestacionales y por tanto encuentran como límite para su cabal aplicación el presupuesto estatal, también existen otros derechos que, a pesar de tener un “núcleo duro” que obliga a otorgar una satisfacción inmediata, con el tiempo la doctrina, la jurisprudencia y la ley han ampliado su ámbito de alcance. Tal es el caso del derecho a la reparación.

A lo largo de la historia, la obligación de reparar el daño ha pasado por diversas etapas. Al remitirse por ejemplo al derecho antiguo, puede constatarse como la causación de un daño se reparaba a partir de la ley del Tali3n; la v3ctima, para redimir su dolor estaba autorizada a causarle a su victimario un mal exactamente

¹³⁷ Cfr. Cap3tulo 1 del presente trabajo.

igual¹³⁸. Seguidamente, para los siglos XV, XVI y XVII la importancia de la víctima se vio cada vez más menguada y el castigo se daba casi exclusivamente con una intención de prevención general negativa¹³⁹, más que con la idea de reparar el daño causado, por lo que las penas alcanzaron niveles de crueldad bastante extremos con el fin de dar a la comunidad mensajes conducentes al cumplimiento de las leyes.

Ya para el siglo XIX, con la revolución industrial y la consolidación de los códigos civiles, especialmente el francés, la reparación del daño comenzó a ser entendida en términos exclusivamente patrimoniales. Esta priorización de la propiedad privada sobre otros bienes jurídicos se percibe a lo largo de los diferentes artículos del Código Napoleónico, en el cual de manera recurrente se utiliza el término de indemnización como sanción al perjuicio ocasionado por un tercero.

Esta percepción de la reparación entendida exclusivamente en términos económicos, fue cambiando lentamente con la consolidación del derecho internacional de los derechos humanos y el progresivo protagonismo que fue adquiriendo la víctima en los escenarios judiciales. Como se verá en el acápite siguiente, las convenciones internacionales de protección a los derechos humanos

¹³⁸ Al respecto, cfr. MACEDONIO HERNÁNDEZ, Carlos. *Breve análisis del origen y evolución de la víctima en el derecho penal*. (Internet). Disponible en: <http://www.derecho.uady.mx/tohil/rev25/origenyevolucion.pdf>. Consultado el 01/12/12.

¹³⁹ “La pena actúa [...] sobre la comunidad jurídica, amenazándola con la ejecución de un castigo, asegurando así el respeto a las prohibiciones y a los mandatos legales por medio de la intimidación.” VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tercera Edición. Bogotá: Ed. Comlibros, 2007, p. 115.

comenzaron a ampliar de manera progresiva los alcances del derecho a la reparación de las víctimas, especialmente a aquellas de violencia masiva.

2.1.3. La reparación integral como camino a la reivindicación plena de la víctima

La reparación integral, como uno de los principales avances del derecho a la reparación “comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación”¹⁴⁰ Así, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido enfáticas al afirmar que una verdadera reparación no puede ya abarcar únicamente la indemnización económica del perjuicio, sino que además debe propender por dejar a la víctima en idénticas condiciones –o mejores en ciertos casos– a las que tenía con antelación a la ocurrencia del daño. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional:

Al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución, que dice que “Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana”, las víctimas y los perjudicados por un hecho punible pueden exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Se vulneraría gravemente la dignidad de víctimas y perjudicados por hechos punibles, si la única protección que se les brinda es la posibilidad de obtener una reparación de tipo económico. El principio de dignidad impide que el ser humano, y los derechos y bienes jurídicos protegidos por el derecho penal para promover la convivencia pacífica de personas

¹⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-458 de 2010 M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

igualmente libres y responsables, sean reducidos a una tasación económica de su valor. (...) el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica.¹⁴¹

A partir de esta nueva comprensión de la reparación es necesario precisar entonces cuáles son los elementos que comprende una reparación integral.

La Ley 975 de 2005 en su artículo 4° ha definido la **restitución** como sigue: “*La restitución implica la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades*”.

La restitución o *restitutio in integrum* supone entonces devolver a la víctima el bien jurídico que fue lesionado, siempre y cuando este no se encuentre ya destruido, como sería el caso de una muerte. Bajo este último supuesto, la restitución deberá darse en términos pecuniarios.

En el artículo 8 de la misma Ley se define la **indemnización** de la siguiente forma: “*La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito*”. Para una cabal reparación del daño causado a la víctima, no basta solo con restituir el bien jurídico lesionado, pues como consecuencia de su pérdida o

¹⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-412 de 1993.M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

destrucción se causaron otra serie de daños, tanto materiales (daño emergente y lucro cesante) como inmateriales (perjuicios morales y daño a la vida en relación) que también deben *compensarse* por decirlo de alguna manera.¹⁴²

También el artículo 8° de la Ley 975 de 2005 trae una definición de **rehabilitación**, otro de los elementos constitutivos de la reparación integral: “*La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito*”. Y como otro elemento, este artículo trae la satisfacción moral que: “*consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido*.” En este sentido, son medidas de satisfacción moral: (i) La declaración pública que restablezca la dignidad de la víctima y de las personas vinculadas a ella; (ii) el reconocimiento público de haber causado un daño a la víctima; (iii) la difusión pública y completa de la verdad judicial de lo sucedido; (iv) las conmemoraciones y homenajes dirigidos a las víctimas¹⁴³, entre otros.

La **garantía de no repetición** es también definida en el artículo 8 de la ley 975 de 2005: “[...] *comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley*”.

¹⁴² AGENCIA ALEMANA PARA LA COOPERACIÓN (GIZ) y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*. (Internet). Disponible en: <http://www.profis.com.co/anexos/documentos/pdfpublicaciones/Da%C3%B1o.pdf>. Consultado el 01/12/2012.

¹⁴³ AGENCIA ALEMANA PARA LA COOPERACIÓN (GIZ) y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Ob. Cit.*, p. 242.

Las garantías de no repetición son todas aquellas medidas preventivas encaminadas a garantizar que el daño que está siendo reparado, no sea en el futuro vulnerado de nuevo.

La **reparación transformadora** es el último y más novedoso de los elementos de la reparación integral. El lema de “se debe indemnizar el daño causado, todo el daño causado *y nada más que el daño causado*” ha comenzado a ponerse en entredicho con la idea de que la reparación no debe conformarse exclusivamente con resarcir el daño, cuando la víctima del daño se encontrara previamente en condiciones precarias de existencia, sino que por el contrario, y en aras de lograr una verdadera restauración social, la reparación debe procurar transformar las condiciones de existencia de quien ha sufrido el perjuicio. Así lo ha manifestado el doctrinante Rodrigo Uprimny:

El primer fundamento de la idea de reparaciones transformadoras es que el propósito de la reparación de violaciones masivas de derechos humanos en sociedades desiguales no debería ser restaurar a las víctimas pobres a su situación previa de precariedad material y de discriminación, sino “transformar” esas circunstancias, que pudieron ser una de las causas del conflicto y que, en todo caso, son injustas. En ese sentido, las reparaciones en estos contextos transicionales deberían ser comprendidas no solo como un instrumento para saldar cuentas con una injusticia que ocurrió en el pasado, sino como una oportunidad de impulsar un mejor futuro.¹⁴⁴

¹⁴⁴ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y GUZMÁN RODRÍGUEZ, Diana Esther. *En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales*. En: International

Analizar cada uno de los elementos que comprende la reparación integral se constituye como un elemento fundamental para comprender que en la actualidad el legislador encuentra como límite a sus políticas de reparación a víctimas el deber de incorporar cada uno de los elementos antes mencionados, pues de lo contrario estaría incurriendo en un regresividad del derecho que resulta en principio inaceptable.

2.1.4. Legislación y jurisprudencia vigente en materia de reparación integral

Como se mencionó en el acápite anterior, el concepto de reparación integral comenzó a estructurarse a partir de la consolidación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y posteriormente fue tomando gran vigencia en el derecho interno gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual se esmeró en elaborar un importante derrotero en cuanto a su alcance y contenido. En este acápite se pretende presentar lo que podría considerarse como algunos hitos normativos y jurisprudenciales en lo que se refiere al concepto de reparación integral.

Podría considerarse que la fuente inicial que consagra el acceso a la justicia como mecanismo principal en la protección de los derechos humanos, surge a finales de

Law, revista colombiana de Derecho Internacional, p. 253.

la década de los cuarenta con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁴⁵ y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁴⁶. En ambas se establece que los ciudadanos tienen derecho a concurrir a los tribunales nacionales con el fin de que sean estos, amparados en la soberanía del Estado, quienes los protejan contra los actos –tanto de las autoridades como de los particulares– que violen sus derechos fundamentales.

Por su parte, el concepto de reparación *justa y adecuada* como expresión de la tutela judicial de los derechos humanos, fue establecido expresamente unos años más tarde. La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, consagró en su artículo 14, inciso primero, la obligación de todo Estado parte de velar “porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible”.

En este sentido también apuntaba la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las Desapariciones forzadas cuando indicaba en su artículo 19 que:

Las víctimas de actos de desaparición forzada y sus familiares deberán

¹⁴⁵ “*Declaración Universal de Derechos Humanos*, AG. res. 217 A (III), Doc. A/810, ONU, p. 71 (1948). **Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley**”. Citado en: Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. (Negrillas fuera del texto).

¹⁴⁶ “*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimpresso en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992). **Artículo XVIII. Derecho de justicia. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente**”. Citado en: Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. (Negrillas fuera del texto).

obtener reparación y tendrán derecho a ser indemnizadas de una manera adecuada y a disponer de los medios que les aseguren una readaptación tan completa como sea posible. (Subrayas fuera del texto)

En materia regional, la Convención Americana de Derechos Humanos estableció la obligación de reparar de manera integral en el artículo 63¹⁴⁷, introduciendo el término de reparación justa, el cual iría construyendo sus alcances gracias a la interpretación que de él realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en varios pronunciamientos jurisprudenciales el tribunal internacional ha manifestado que la reparación del daño debe propender en primer lugar, y siempre que sea posible, por la plena restitución del bien jurídico conculcado, y seguidamente debe propender por que se reparen las consecuencias que produjo el daño y se establezca el pago de una indemnización a manera de compensación por los daños causados.¹⁴⁸

A partir de esta tendencia internacional de ampliar el concepto de reparación en aras de brindar mayor protección a los derechos de las víctimas, el derecho interno introdujo desde la Constitución Política la obligación del Estado de velar por una reivindicación plena de la víctima al asignarle a la Fiscalía el deber de

¹⁴⁷ Secretaría General OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos, (internet). Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0001>. Consultada el 01/12/12. Artículo 63: “1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

¹⁴⁸ Al respecto Cfr. Corte Interamericana. “Caso Montero Aranguren y otros”. (internet) Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf, y “Caso Ximenez López”. (internet) Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf. (Consultados el: 13/10/2012.

“Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”¹⁴⁹, obligando así al legislador a tener en cuenta este parámetro al momento de formular políticas que propendieran por la reivindicación de la víctima, cualquiera que fuera el escenario.¹⁵⁰

La Corte Constitucional por su parte no se ha quedado atrás al momento de exigir la integralidad en la reparación de las víctimas, especialmente en escenarios de justicia transicional, donde debido a la calidad de los delitos a los que fueron sometidas, se encuentran en una condición de mayor vulnerabilidad:

Como resultado de ese extenso análisis la Corte destacó que, dentro de este contexto (de justicia transicional) , la reparación: i) incluye todas las acciones necesarias y conducentes a hacer desaparecer, en la medida en que ello sea posible, los efectos del delito; ii) al igual que el concepto de víctima, tiene una dimensión tanto individual como colectiva; iii) no se agota en su perspectiva puramente económica, sino que tiene diversas manifestaciones tanto materiales como simbólicas; iv) es una responsabilidad que atañe principalmente a los perpetradores de los

¹⁴⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA. Artículo 250.

¹⁵⁰ A manera de ejemplo se tiene que tanto en la Ley 975 de 2005 como en la Ley 1448 de 2011, el derecho a la reparación constituye uno de los principios fundamentales sobre los cuales se estructura la ley:

Ley 975 de 2005, artículo 8º: “DERECHO A LA REPARACIÓN. El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas. [...]”

Ley 1448 de 2011, artículo 25: “DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL. Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3º de la presente Ley.

La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. [...]”

delitos que dan lugar a ella, pero también al Estado, particularmente en lo relacionado con algunos de sus componentes.¹⁵¹

Allí mismo afirmó a manera de conclusión:

[...] se insiste en que la reparación es un conjunto integral de acciones encaminadas a borrar o desaparecer los efectos que sobre las víctimas han dejado los crímenes cometidos, lo que sin duda trasciende la dimensión puramente económica, e incluye, como elementos de comparable importancia, otro tipo de acciones, de efecto tanto individual como colectivo, que restablezcan la salud, la autoestima y la tranquilidad de las víctimas y de las comunidades a las que ellas pertenecen.¹⁵²

A partir del recorrido normativo y jurisprudencial antes referenciado, puede comprobarse igualmente, que si bien fue lento el proceso de ampliación del concepto de reparación integral, a la fecha este se encuentra plenamente consolidado como una garantía fundamental de las víctimas, en especial de aquellas que han adquirido su condición por situaciones de violencia masiva y por tanto, en principio, cualquier medida legislativa que pretenda conculcar en lo más mínimo el derecho, debe constituirse como regresiva a los ojos del juez constitucional.

¹⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1199 de 2008. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁵² *Ibíd.*

2.2. Premisa Menor: el derecho a la reparación integral en el artículo 60 de la Ley 1448 de 2011

El derecho a la reparación se encuentra consagrado en múltiples apartes de la *Ley de Víctimas y Restitución de Tierras*. Se estudiará, sin embargo, solo aquel que en virtud de la demanda de inconstitucionalidad fue demandado por cargos de violación al principio de progresividad, cargo que se pasará a exponer a continuación.

El artículo 60 de la Ley 1448 de 2011 establece:

ARTÍCULO 60. **NORMATIVIDAD APLICABLE Y DEFINICIÓN.** La atención a las víctimas del desplazamiento forzado, se regirá por lo establecido en este capítulo y se complementará con la política pública de prevención y estabilización socioeconómica de la población desplazada establecida en la Ley 387 de 1997 y demás normas que lo reglamenten.

[...]

PARÁGRAFO 1o. El costo en el que incurra el Estado en la prestación de la oferta dirigida a la población desplazada, en ningún caso será descontado del monto de la indemnización administrativa o judicial a que tiene derecho esta población.

Esta oferta, siempre que sea prioritaria, prevalente y que atienda sus vulnerabilidades específicas, tiene efecto reparador, exceptuando la atención humanitaria inmediata, de emergencia y de transición. (Subrayas y cursivas fuera del texto).

En atención al tenor literal del artículo, podría interpretarse a los ojos del lector –o incluso de las autoridades administrativas–, que la obligación del Estado de reparar a las víctimas podría darse por satisfecha una vez este se haya manifestado con *cualquier* prestación otorgada, incluso si esta se da en virtud de otra fuente de obligación, como sería la prestación de servicios¹⁵³.

Cabe entonces preguntarse: ¿vulnera el legislador su deber de progresividad y consecuente prohibición de regresividad cuando entiende que su deber de reparación se encuentra satisfecho al otorgar a la víctima determinada oferta encaminada a superar su condición de vulnerabilidad?

2.3. Conclusión

Como se explicó a lo largo de todo este acápite, la reparación es un derecho fundamental que tiene un sujeto que ha sido víctima de un daño. Si bien en algunas ocasiones este derecho es exigible frente a particulares, en el caso de violaciones masivas a los derechos humanos y en concreto del desplazamiento forzado, la reparación se encuentra, la más de las veces, en cabeza del Estado toda vez que, en virtud de la múltiple jurisprudencia y normatividad internacional, es este el primer llamado a velar por la vida, honra y bienes de sus ciudadanos, y

¹⁵³*Prestación de servicios sociales*. En este caso el sujeto destinatario es el ciudadano y tiene la característica de ser permanente, pues se dirigen a materializar, de manera progresiva, los derechos sociales, económicos y culturales garantizados por la Carta Política.

por tanto, cuando por una omisión suya no puede garantizarlos deberá reparar a sus víctimas. Al explicar esto, se presentó la diferenciación conceptual que existe entre la obligación de reparar y otras que tiene el Estado frente a las personas. En este sentido se indicó que el derecho a la reparación tiene como destinatario a la víctima que sufrió el daño en virtud de la omisión en que incurrió el Estado; la atención humanitaria tiene como destinatario al ciudadano que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad y las medidas sociales encuentran como destinatario a todos los ciudadanos del territorio. Esta diferenciación resultaba fundamental, entre otras, para explicar por qué, en virtud de la fuente de la obligación, si bien el presupuesto podía eventualmente constituir un límite a los deberes de asistencia humanitaria y medidas sociales, no podía jamás erigirse como un obstáculo en el cumplimiento de la reparación a las víctimas.

En lo que se refiere a la delimitación del derecho, se indicó que la construcción de lo que comprende la reparación ha sido progresiva, avanzando de una concepción eminentemente económica a aquella que entiende que la reparación a las víctimas, especialmente a aquellas que han sufrido serias violaciones a sus derechos fundamentales, comprende todo un conjunto de estrategias encaminadas a devolverlas a la condición en que se encontraban previa al daño, e incluso a mejorarlas cuando este estadio previo vulnera sus más mínimos derechos, como suele suceder con las víctimas del conflicto armado colombiano.

Interrelacionando ambos argumentos, nos encontramos con que a la fecha, tanto jurisprudencial como normativamente, se encuentra claro que el Estado debe *reparar de manera integral* en cuanto víctima a los sujetos que se encuentran en situación de desplazamiento forzado – y no meramente ofrecerle medidas sociales, a las que ya tiene derecho como ciudadano–.

En el caso concreto, se considera que el Estado ha querido *camuflar* las medidas sociales haciéndolas pasar por reparación, victimizando de nuevo a quienes ya eran sus víctimas, y como si esto no fuera poco, ha entendido que con esta oferta de medidas sociales, ya se encuentra satisfecho su deber de reparar, olvidando por completo los demás deberes que comprende la reparación.

Esta situación **comporta un retroceso injustificado a la jurisprudencia y normatividad actual**, que de manera reiterada ha manifestado que la reparación de las víctimas debe ser integral y debe otorgarse a sus destinatarios, no por su condición de ciudadanos, sino dada su condición de víctimas de un daño injustificado generado por una omisión estatal. Admitir lo contrario, sería permitir una confusión de los deberes estatales y volver a la época en que el dolor y los derechos fundamentales podían compensarse como si fueran simples bienes materiales.

3. Artículo 125: Derecho a la Vivienda

3.1. Premisa Mayor: contornos del derecho a la vivienda

Como se ha presentado a lo largo de la monografía, el Estado Social de Derecho es la fórmula política que tiene dentro de su axiomática el propósito de la defensa y cuidado de las condiciones materiales de los asociados, a través de los *derechos sociales* como garantía de reconocimiento y justiciabilidad. Lo anterior porque este modelo de Estado –que converge con el Estado Constitucional de Derecho– se funda en dos premisas que serán la fuente de legitimidad de los derechos sociales: i) que para el verdadero e igualitario disfrute de los derechos políticos o de primera generación, es imprescindible el establecimiento de condiciones mínimas de vida que den la oportunidad al individuo de cumplir su papel de ciudadano, convirtiéndose los derechos sociales en las condiciones materiales necesarias para la realización de los derechos políticos que garantizan una menor desigualdad en las condiciones políticas y económicas; y ii) que dentro de este Estado, aunque liberal por principio, privilegia no ya la libertad a secas, sino una libertad que se construye desde la *autonomía*¹⁵⁴ del individuo, que recoge con mucha fuerza una reivindicación por sus necesidades básicas de vida, que quedan saldadas, o eso es lo que se pretende, con los derechos sociales.

¹⁵⁴ TUGENDHAT, Ernst. *Lecciones de Ética*. Barcelona: Gedisa, 2001. pp. 342-343.

Dentro de esas necesidades que el Estado Social reconoce como fundamentales, *la vivienda* ha sido de forma incesante una de las más invocadas y aceptadas, como elemento determinante en la dignidad de una persona y una familia, porque está asociada a la idea de territorio que para toda comunidad es símbolo de identidad y estabilidad¹⁵⁵.

La constitución de 1991 así la reconoce:

ART. 51. —Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.

Este derecho, considerado de segunda generación por no ser de contenido político, ha ganado fundamentalidad a raíz de su naturaleza de derecho social, los que la Corte Constitucional ha empezado a llamar también fundamentales (cfr. acápite I, 1 de la presente monografía) en razón de su grado íntimo de relación con la dignidad de la personas.

¹⁵⁵GALEANO, Eduardo. *Las Venas Abiertas de América Latina*. Montevideo: Siglo Veintiuno, 1970.

No solo por la historia de su evolución¹⁵⁶ y por la clasificación de la que participa la misma Carta Política, la vivienda es un derecho prestacional en tanto para su cabal ejercicio y goce, requiere de erogaciones presupuestales a cargo del Estado a través de acciones positivas y esta es una aclaración de mucho interés, pues es bajo esta condición que puede ser objeto de estudio a través del principio de progresividad y no regresividad.

3.1.1. Desarrollo normativo del derecho a la vivienda

Desde la declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el derecho a la vivienda fue consagrado como un derecho subjetivo:

Artículo 25. — 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad¹⁵⁷.

Y ha sido reconocido como un derecho humano por numerosas declaraciones y tratados en el derecho internacional. Así, en el Pacto Internacional de Derechos

¹⁵⁶ Cfr. TÉLLEZ SANABRIA, Milton Dumar Mateo. *El derecho a la vivienda adecuada de las personas en situación de desplazamiento forzado*. Tesis presentada para optar al título de Abogado. Medellín: Universidad de Antioquia, 2008.

¹⁵⁷ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. (Internet). Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0013>. Consulta el 21/11/12.

Sociales, Económicos y Culturales (PIDESC, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A –XXI–, de 16 de diciembre de 1966) en el artículo 11.1:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

También en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, artículo 5 (e) (iii); en la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, de 1978, artículo 9 (2); en la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979, artículo 14(2) (h); en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, artículo 27 (3); en la Convención para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes, de 1990, artículo 43, y Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de 1989, artículos 13 a 19¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Referencias tomadas de: TÉLLEZ SANABRIA, Milton Dumar Mateo. *Ob. Cit.*, p. 57.

De acuerdo con la observación general No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales acerca del derecho a la vivienda, la obligación de los Estados Parte no está limitada a asegurar una vivienda adecuada para todos, sino que debe también garantizar la efectividad de los aspectos no materiales relativos a procedimientos, remedios para los casos de violaciones y reglas de seguridad, con el propósito de proteger este derecho¹⁵⁹.

Como se ve, se trata de un derecho que no se agota en asegurar una vivienda adecuada, con las especificidades que ello acarrea, sino que supone componentes más allá, como los de la seguridad y cuidado de las violaciones, lo que se conoce como “*la seguridad en la tenencia*”¹⁶⁰ que es aspecto fundamental del derecho a la vivienda; de suerte que siendo este el contenido del derecho, se deberá tener en cuenta como elemento de control de la progresividad.

En Colombia, la vivienda ha sido un tema con alguna prevalencia en la legislación por ser tocante con el clásico interés sobre la tierra, expropiada siempre de sus legítimos tenedores y puesta a circular como mercancía. De esta manera, han sido

¹⁵⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general N° 4: El derecho a una vivienda adecuada* (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). Internet. Disponible en: <http://www.escr-net.org/docs/i/428687>. Consultado el 21/11/12.

¹⁶⁰ “La tenencia segura describe un acuerdo entre individuos o grupos que permite disfrutar de tierra y propiedades inmobiliarias gobernado y regulado por un marco jurídico y administrativo. La seguridad se deriva de que el derecho al acceso y al uso de la tierra y la propiedad está garantizado por un conjunto conocido de reglas, y de que ese derecho puede reclamarse ante la justicia. La tenencia puede adoptar varias formas en función de los marcos jurídicos y constitucionales, las normas sociales, los valores culturales y, en cierta medida, las preferencias individuales”. CENTRO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS (Hábitat). *La Campaña Mundial de Seguridad en la Tenencia de la Vivienda*, p. 7. (Internet). Disponible en: http://www.fedevivienda.org.co/aa/img_upload/646f63756d656e746f732e2e2e2e2e2e/Campa_a_mundial_de_seguridad_en_la_tenencia_de_la_vivienda.PDF. Consultado el: 20/11/12.

hitos normativos en materia de vivienda, antes de la Constitución de 1991: la fundación del Instituto de Crédito Territorial en 1939 orientado hacia la atención de los problemas relacionados con la vivienda rural; la ampliación de su cobertura a las zonas urbanas del país en 1942; el establecimiento de la Caja de Vivienda Militar en 1947, la creación del Fondo Nacional de Ahorro en 1968; el Plan Nacional de Desarrollo 1970-1974, las cuatro estrategias y la creación del sistema UPAC en 1972; la política urbana 1974-1978, ciudades dentro de la ciudad; la política de vivienda sin cuota inicial, 1982-1986; el plan nacional de desarrollo 1986-1990, lucha contra la pobreza absoluta, el cual planteó un cambio importante en la orientación del énfasis de la política de vivienda, al pasar este de la atención de las carencias cuantitativas a las cualitativas y la ley 9 de 1989 de Reforma Urbana¹⁶¹. Con lo que se fue dando desarrollo a una política pública en torno al derecho.

Ya con la Constitución de 1991, se refrendó su característica de derecho social en el artículo 51 y se apuntaló su protección en esta calidad bajo la normatividad de la Ley 3 de 1991 que, entre otras, constituyó el INURBE, entidad inicialmente encargada de la concepción, diseño y operación de la primera fase del SFV. Hubo entre 1994 - 1998 una fuerte política pública bajo el nombre: “Ciudades y ciudadanía”¹⁶²; se expidió la Ley 388 de 1997 de Desarrollo Territorial; la Ley 546 de 1999, Marco de Vivienda; el Decreto 975 de 2004 donde se reglamentan

¹⁶¹ TÉLLEZ SANABRIA, Milton Dumar Mateo. *Ob. Cit.*, pp. 61 – 63.

¹⁶² *Ibid.*, p. 62

parcialmente disposiciones; anteriores en relación con subsidios familiares de vivienda de interés social; y más recientemente el Decreto 4466 de 2007.

3.1.2. Desarrollo jurisprudencial

El reconocimiento que el derecho a la vivienda sea un derecho social, trae como correlato la idea de ser un derecho de desarrollo progresivo, esto es, que es necesario que se cumplan ciertas condiciones jurídico-materiales para que sean posibles. La Corte en numerosa jurisprudencia ha recordado este carácter; en la sentencia T – 251 de 1995¹⁶³ se pronunció como sigue:

[El derecho a la vivienda] no implica necesariamente la obligación para el Estado de proporcionar vivienda a la totalidad de los habitantes del país que adolezcan de dicha necesidad, pues éste, sólo ésta obligado a fijar condiciones y promover planes de vivienda (otorgando subsidios), en la medida de las capacidades que su estructura protectora le permita, teniendo en cuenta las condiciones socioeconómicas del país y las apropiaciones presupuestales definidas para estos rubros. Lo contrario, sería obligarlo a lo imposible y llevarlo a desconocer o abandonar otros campos de acción social sobre los cuales también le asiste responsabilidad.

¹⁶³Corte Constitucional, sentencia T -251 de 1995. Referencia: Expediente No. T - 57.860. Peticionario: Gabriel Casallas Gómez. Procedencia: Juzgado Segundo Penal Municipal de Palmira. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

En la sentencia C-251 de 1996¹⁶⁴, la Corte expresó cómo el Estado debe promover el acceso a la vivienda: (i) estableciendo sistemas especiales de financiación, (ii) otorgando subsidios de vivienda y (iii) entregando terrenos oficiales ociosos a los particulares que los ocupan.

Con relación al tema específico de la población desplazada, en sentencia T – 706 de 2011¹⁶⁵ la Corte Constitucional dio contenido a este derecho así:

El derecho a la vivienda digna constituye un aspecto imprescindible del componente de estabilización socioeconómica, ya que para que las personas desplazadas puedan reconstruir su proyecto de vida, es necesario que adquieran y recuperen un lugar digno y seguro donde vivir.

[...].

La normatividad relacionada con las condiciones de acceso, monto y reglamentación de uso de las soluciones de vivienda propias para la población desplazada debe ser aplicada de conformidad con el principio de interpretación favorable de las normas, tomando en consideración el hecho de que la población desplazada es sujeto de especial protección constitucional.

¹⁶⁴Corte Constitucional, sentencia C-251 de 1996, Referencia: Demanda No. 1079. Norma acusada: Ley 9º de 1989 artículo 58. Actor: Ángel Castañeda Manrique. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá, seis (6) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

¹⁶⁵Corte Constitucional. Sentencia T- 706 de 2011. Referencia: expediente T- 3023504. Acción de tutela interpuesta por el señor José Bernardino Ortiz Ruiz contra la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional -Acción Social-, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Fondo Nacional de Vivienda (Fonvivienda) y otras entidades. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011).

De lo anterior es importante resaltar como la Corte, por la condición de vulnerabilidad del desplazado, da mayor fuerza a un derecho social que, de contera, tienen todos los ciudadanos colombianos; por lo que se exige que tanto en las políticas de vivienda como en la interpretación normativa para las ocasiones que lo amerite, se haga una interpretación favorable y haya una actuación acorde con este postulado. Sin embargo, las condiciones de vida de la población víctima del desplazamiento en relación con su derecho a la vivienda son verdaderamente críticas¹⁶⁶.

3.2. Premisa Menor: el derecho a la vivienda en el artículo 125 de la Ley 1448 de 2011

De los contenidos de la Ley 1448 en materia de vivienda, se realizará un examen de constitucionalidad del artículo 125 que reza:

ARTÍCULO. 125. CUANTÍA MÁXIMA. La cuantía máxima del subsidio familiar de vivienda de que trata este capítulo será el que se otorgue en el momento de la solicitud a los beneficiarios de viviendas de interés social.(Subrayas fuera del texto).

¹⁶⁶MACHADO, RUÍZ, Ricardo. *Derechos humanos en materia de desplazamiento forzado por el conflicto socio-político en Colombia*. En: Revista El Ágora, No. 1, enero – junio 2010. (pp. 183 – 196). pp. 185 – 186. Seguidamente comenta: “En otros estudios se ha concluido que cerca del 34% de la población poseen vivienda propia completamente pagada pero solo cerca del 40% de ellos tienen escrituras que lo demuestren. Adicionalmente, en los hogares de la población RUPD viven 3.2 personas por habitación en promedio, cifra por encima del indicador de hacinamiento crítico [Comisión de Seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado. Segunda encuesta Nacional de verificación de los derechos de la población desplazada. Julio de 2008. Tomada de: Séptimo informe de verificación sobre el cumplimiento de los derechos de la población en situación de desplazamiento. Octubre 30 de 2008, pág. 124 – 192]”. Pág. 186.

Lo que se interpreta de este artículo es que *todos* los subsidios de vivienda que se regulen para la población víctima del desplazamiento forzado *no podrán ser* superiores a los regulados para los subsidios de vivienda de interés social, estableciendo un rasero de asignación.

De este modo, el problema jurídico que se pretende resolver es si el legislador viola el principio de progresividad y no regresividad al proponer un margen de prestación económica (el subsidio de vivienda) menor respecto de las anteriores asignaciones contenidas en las normas que explícitamente deroga.

3.3. Conclusión

La medida que desarrolla este artículo en cuanto al derecho a la vivienda resulta regresiva con respecto a los derechos de las personas desplazadas, en contravía a lo dispuesto por la Constitución en esta materia. Primero, porque desde la ya citada sentencia T-025 de 2004, la potestad configurativa del legislador tiene ataduras enmarcadas por las necesidades crecientes e imperativas de las personas desplazadas, de suerte que su tarea debe ser la atención de estas condiciones a través de un trato preferencial.

Segundo, porque en esta materia, el legislador está tratando el tema del subsidio a la vivienda de forma más restrictiva que las anteriores legislaciones, como

las Leyes 418 de 1997 y 397 de 1997, y el decreto 4911 de 2009 contentivas todas de los montos a los subsidios de vivienda, a las que derogó por virtud del segundo inciso de su artículo 60. Es de este modo que el legislador transgrede inconstitucionalmente el principio de progresividad y otros, como el principio *pro homine*, al derogar una legislación de interpretación más favorable, para sucederla por disposiciones restrictivas.

Se ve como el subsidio de vivienda al que tienen derecho las personas víctimas del desplazamiento se redujo, ello basándonos en las disposiciones que regulan el monto de los beneficios de las viviendas de interés social, y a los que remite expresamente el artículo. Así, según el artículo 8 del Decreto 2190 de 2009, tal monto está por el orden de 22 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) recortándose el beneficio que les otorgaba la anterior normatividad que estaba por el orden de 30 SMLMV, una disminución –injustificada, desproporcionada e irrazonable– del 26% aproximadamente.

4. Artículo 51: Derecho a la Educación

4.1. Premisa Mayor: los contornos del derecho a la educación

La educación es considerada constitucionalmente como un derecho de doble carácter, por un lado es un derecho de la persona y por el otro es un servicio

público que cumple una función social. Por ser considerado además un *derecho-deber* se le reconoce a todo ser humano la protección del interés de recibir una formación de acuerdo a sus habilidades, cultura, tradiciones, gustos, etc. y la responsabilidad de tal protección recae entonces en el Estado, la comunidad y la familia; asimismo, es deber del individuo cumplir con las cargas académicas y disciplinarias que se le imponen en razón al cumplimiento de los objetivos del goce del derecho. En tanto servicio público, se destacan las obligaciones estatales de garantizar la continuidad, aumentar la cobertura y mejorar la calidad del servicio educativo, obligaciones inherentes al principio de progresividad.

Este derecho constitucional, de contenido prestacional e integrado al catálogo de los derechos económicos, sociales y culturales, no se define tan solo en la afirmación de su existencia como derecho y como servicio público sino que se dota de un contenido específico “y se le otorga un papel preponderante en el proyecto nacional, un protagonismo fundamental para el desarrollo integral de los seres humanos, la solidez democrática de la República, el desarrollo económico y la riqueza cultural de la nación”.¹⁶⁷

La Constitución de 1991, reconoce la educación como un derecho de la persona y un servicio público con función social en el artículo 67 de la carta, en este se establece además de la obligatoriedad del derecho para quienes tienen entre 5 y

¹⁶⁷ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *El derecho a la educación en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Defensoría del Pueblo Colombia, PROSEDHER, Serie DESC. Bogotá, D.C., 2003. Pp. 35

15 años de edad, la gratuidad de la educación en las instituciones públicas “sin perjuicio de la posibilidad de cobrar derechos académicos a quienes puedan sufragarlos”; al respecto reza el artículo:

ART. 67. —La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social: con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

Por su parte, el artículo 44 de la Carta Política reconoce la educación como un derecho fundamental de niños y niñas y el artículo 68 reconoce la libertad de

fundar establecimientos educativos a los particulares y el derecho a los padres de familia para escoger libremente el tipo de educación que darán a sus hijos.

Entre tanto, en el marco del Estado Social y de los derechos económicos, sociales y culturales algunos sectores de la doctrina le han reconocido el carácter de fundamental a *la educación*, considerándolo de aplicación inmediata y contando con mecanismos reforzados de protección en dos situaciones concretas:

Quando quien exige la prestación del servicio es un **menor de edad** (lo que le otorga prevalencia sobre los derechos de los demás ciudadanos), conforme a lo establecido en el artículo 44 de la Constitución.

Quando la amenaza o vulneración del derecho a la educación apareja la amenaza o vulneración de otro derecho **de carácter fundamental**, como la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad o el debido proceso.¹⁶⁸
(Negritas fuera del texto)

De otro lado, en materia constitucional se otorga una protección especial a algunos sujetos que por sus condiciones de debilidad manifiesta o herencia histórica discriminatoria les resulta condicionado su acceso al sistema educativo vulnerando de manera evidente el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta Política. Así, los niños, las mujeres y *las personas en situación de desplazamiento forzado*¹⁶⁹ hacen parte de este grupo de especial protección y

¹⁶⁸ *Ibid.* p. 36.

¹⁶⁹ En este sentido es menester señalar que “Con el desplazamiento forzado, quienes gozaban del servicio educativo deben desertar, y aquellos que no contaban con el mismo resultan a la postre condenados a

para ellos las garantías de acceso y adaptabilidad a la educación, que el Estado debe proporcionar para todos, se convierten en prioritarias y fundamentales.

4.1.1. Carácter prestacional del derecho a la educación

La educación, entendida como derecho y como servicio público, comprende cuatro dimensiones de contenido prestacional, así lo ha definido la Corte Constitucional en sentencia T-694 de 2011¹⁷⁰:

- (i) La **asequibilidad o disponibilidad** del servicio, que, de manera general, se refiere a la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas para ponerlas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso a este sistema, lo que implica, entre otras cosas, el deber de abstenerse de impedir a los particulares fundar colegios, escuelas o cualquier tipo de centro educativo y la necesidad de asegurar la inversión en infraestructura para la prestación de este servicio;
- (ii) La **adaptabilidad**, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice la continuidad en la prestación del servicio;
- (iii) La **aceptabilidad**, la cual hace alusión a la necesidad de asegurar la calidad de la educación que se imparte;
- (iv) Y, finalmente, la **accesibilidad**, que se refiere a la obligación del Estado de garantizar el ingreso de todos en condiciones de igualdad al

dependen de la asistencia, dado que carecen de la educación que les permitiría llegar a integrarse al sistema productivo de las zonas receptoras.” *Ibíd.* Pp. 106

¹⁷⁰Corte Constitucional, sentencia T-694 de 2011, Referencia: expediente T-3.066.242. Acción de tutela presentada por Jacqueline Sánchez Giraldo en representación de su menor hija María Victoria Sánchez Giraldo contra la Gobernación de Caldas y la Secretaría de Educación de Caldas. Bogotá, D. C., veinte (20) de septiembre de dos mil once (2011) M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

sistema educativo y al deber de facilitar tanto como sea posible el acceso al servicio desde el punto de vista geográfico y económico. (Negrilla fuera de texto)

En este sentido, con la afirmación de la naturaleza social de este derecho se desprende también su carácter prestacional en la medida en que es una responsabilidad del Estado asegurar el contenido y el goce de este a los ciudadanos y para esto se requieren “acciones positivas” institucionales que representan una erogación económica.

4.1.2. Desarrollo normativo

El derecho a la educación ha sido consagrado en una serie de instrumentos internacionales, a saber, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 es el primero en reconocerlo como derecho y la base para su amplio desarrollo en otros tratados internacionales que Colombia ha ratificado; por su parte, en dicha declaración el artículo 26 señala que:

Artículo 26. — 1. 1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.¹⁷¹.

¹⁷¹ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. (Internet). Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0013>. Consulta el 6/12/12.

También en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 13 se consagra el derecho en cuestión:

Artículo 13. —1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. (...)

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; [...]¹⁷²

También, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la Ley 12 de 1991 reconoce este derecho como prioritario en el artículo 28¹⁷³ y, asimismo, el

¹⁷² PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, (Internet). Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>; Consulta el 6/12/12.

¹⁷³ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *Asamblea General. Convención Sobre los Derechos del Niño*. Resolución 44/25 del 20 de Noviembre de 1989. Artículo 28: 1. Los Estados Partes

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por la Ley 319 de 1996, lo reconoce en su artículo 13.

Una vez señalado el marco normativo internacional que ha ratificado Colombia en las leyes citadas, se cuenta en la legislación nacional con la Ley 115 de 1994 “Ley General de la educación” la cual regula la educación como servicio público, mas no como derecho. Esta ley señala en su artículo 1° que:

“La educación es un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes. La presente Ley señala las normas generales para regular el Servicio Público de la Educación que cumple una función social acorde con las necesidades e intereses de las personas, de la familia y de la sociedad. Se fundamenta en los principios de la Constitución Política sobre el derecho a la educación que tiene toda persona, en las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra y en su carácter de servicio público.

Los distintos marcos jurídicos afirman que el derecho a la educación solo se cumple cuando esta es **universal, obligatoria y gratuita**. Además, la obligación del Estado de respetar, proteger y cumplir este derecho debe responder a cuatro

reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

dimensiones interrelacionadas: la **disponibilidad**, la **accesibilidad**, la **aceptabilidad** y **adaptabilidad** de la educación. Este marco conceptual fue adoptado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Comentario General No. 13 en el 1999.

Así, el derecho a la educación se cumple si la educación es disponible en el sentido que haya instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente y en condiciones necesarias; accesible en el sentido de que la educación se encuentre al alcance geográfico y económico de todos, sin discriminación; aceptable en el sentido de que la educación debe contar con estándares mínimos para maestros y estudiantes, con facilidades escolares y con un currículum; y adaptable en el sentido de que la educación debe tener la flexibilidad capaz de responder a las necesidades de los estudiantes en sus distintos contextos sociales y culturales.

4.1.3. Desarrollo jurisprudencial

El reconocimiento del derecho a la educación como uno de carácter social, trae como correlato la idea de ser un derecho de desarrollo progresivo, esto es, que es necesario que se cumplan ciertas condiciones de orden económico para que sea posible su aplicación. Así, la Corte en numerosas ocasiones ha recordado este

carácter; retomando la interpretación del artículo 67 de la Carta Política que consagra la educación como un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social, y del que son responsables el Estado, la sociedad y la familia.

En la sentencia T-087 de 2010 se hace un breve recorrido jurisprudencial retomando lo más importante que se ha dicho en la materia, al respecto dice la Honorable Corte:

[...] en la sentencia T-002 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón), la Corte precisó que la educación es un derecho fundamental dada la finalidad que cumple en el acceso al conocimiento y a los demás bienes y valores de la cultura, los cuáles son consustanciales al desarrollo del ser humano e inherentes a su naturaleza y a su dignidad. Bajo tales supuestos, el derecho a la educación goza de una proyección múltiple: es un derecho fundamental (T-002 de 1992); es un derecho prestacional, -como servicio público que requiere desarrollo legal, apropiación de recursos y de la ejecución de procesos programáticos-, y a la vez es un derecho-deber, que según la jurisprudencia, exige el cumplimiento de obligaciones académicas y disciplinarias por parte de los educandos.¹⁷⁴

A más de lo anterior, resulta importante señalar en la jurisprudencia constitucional lo que se ha dicho acerca del carácter de fundamentalidad de este derecho –en la

¹⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-087 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

comprensión de su núcleo esencial- y la repercusión que su desarrollo trae sobre la sociedad, la cultura y la identidad nacional:

El derecho a la educación pertenece a la categoría de los derechos fundamentales, pues, su núcleo esencial, comporta un factor de desarrollo individual y social con cuyo ejercicio se materializa el desarrollo pleno del ser humano en todas sus potencialidades. Esta Corporación, también ha estimado que este derecho constituye un medio para que el individuo se integre efectiva y eficazmente a la sociedad; de allí su especial categoría que lo hace parte de los derechos esenciales de las personas en la medida en que el conocimiento es inherente a la naturaleza humana.¹⁷⁵

Ahora, en el cumplimiento de este derecho-deber, el Estado tiene la obligación de garantizar la gratuidad de la educación básica, al respecto, de manera reciente en la sentencia C-376 de 2010, la Corte Constitucional estableció la regla según la cual la educación básica primaria de carácter público no puede conllevar a ningún cobro académico y, bajo este escenario, cualquier persona tiene el derecho a la exigibilidad inmediata de la educación básica primaria; puntualiza la Corte:

El principio de gratuidad de la educación primaria, previsto como un imperativo para el Estado en los instrumentos internacionales mencionados, forma parte del contenido esencial de los derechos prevalentes de los niños y niñas, en particular del derecho fundamental a la educación que *“la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación*

¹⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-1677 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz

*de asistir y proteger (...) para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio de sus derechos[...]*¹⁷⁶

Queriendo enfatizar la Corte en el carácter económico del derecho a la educación que se desprende de su constitución como servicio público y de obligación progresiva, ésta se pronuncia:

*Derivado de la interpretación del inciso cuarto del artículo 67 de la Constitución, de conformidad con los estándares de protección establecidos en los tratados internacionales sobre el derecho a la educación, precisa la Corte que **la gratuidad es un principio que se predica del derecho a la educación pública en cualquiera de sus niveles**, en la medida que se trata de un mecanismo para lograr la accesibilidad de todos a este bien social. Sin embargo, **para su implantación los Estados deben adoptar diferentes estrategias: la gratuidad como obligación inequívoca y de exigibilidad inmediata respecto de la enseñanza primaria, y progresividad en los niveles de secundaria y superior.[...]**¹⁷⁷(Negritas fuera de texto y cursivas originales)*

Finalmente, en materia de desplazamiento forzado y en materia particular de la educación de niños y niñas en situación de desplazamiento, la sentencia T-215 de 2002 puntualiza el estado en que están como sujetos de protección constitucional reforzada por las condiciones de vulnerabilidad en las que se hallan:

¹⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-376 de 2010, MP. Dr. Luis Ernesto Vargas

¹⁷⁷ *Ibíd.*

*Este trato preferente a los niños en condiciones de desplazamiento se justifica no sólo por ser la educación un derecho fundamental del que son titulares, como todos los demás menores de edad que se encuentren en territorio nacional, sino porque dadas sus condiciones de especial vulnerabilidad son sujetos de protección constitucional reforzada, **lo cual se traduce en materia educativa en que si no se garantiza como mínimo su educación básica, ello agravará las repercusiones de su desplazamiento sobre su autonomía personal y el ejercicio de sus derechos.***¹⁷⁸(Negritas fuera de texto y cursivas originales)

A partir del recorrido jurisprudencial y normativo realizado, resulta evidente como a la fecha no existe discusión sobre la fundamentalidad del derecho a la educación y sobre su carácter de servicio público a cargo del Estado el cual no se satisface con la mera prestación, sino que debe cumplir unos estándares previamente establecidos entre los que se encuentra su condición de gratuidad para los niños, máxime cuando estos se encuentran en situación de vulnerabilidad.

4.2. Premisa Menor: el derecho a la educación en la Ley 1448 de 2011

De los contenidos de la Ley 1448 en materia de educación, se realizará un examen de constitucionalidad del artículo 51 (se transcribe en lo esencial a la discusión):

ARTÍCULO 51. MEDIDAS EN MATERIA DE EDUCACIÓN. Las distintas autoridades educativas adoptarán, en el ejercicio de sus competencias

¹⁷⁸ Tomado de la orden impartida por la Corte en la sentencia T-215 de 2002 a la Secretaría de Educación Municipal demandada. MP. Jaime Córdoba Triviño.

respectivas, las medidas necesarias para asegurar el acceso y la exención de todo tipo de costos académicos en los establecimientos educativos oficiales en los niveles de preescolar, básica y media a las víctimas señaladas en la presente Ley, **siempre y cuando estas no cuenten con los recursos para su pago**. De no ser posible el acceso al sector oficial, se podrá contratar el servicio educativo con instituciones privadas. (Negritas fuera del texto)

Al tenor del artículo 51 de la Ley 1448 de 2011, se interpreta que el derecho a la gratuidad de la educación que consagra la Constitución para los menores, se encuentra condicionado a la capacidad adquisitiva de la familia del niño obviando las disposiciones tanto nacionales como internacionales, que establecen que la educación debe ser gratuita y a cargo del Estado para las personas de la primera infancia, máxime cuando estas se encuentran a cargo del Estado. A partir de lo anterior cabe preguntarse: ¿Vulnera el Estado su deber de progresividad cuando establece para las personas en situación de vulnerabilidad una carga probatoria adicional a la de la generalidad de los ciudadanos, consistente en demostrar la carencia de recursos para poder acceder a la gratuidad de la educación que consagra la Carta Política?

4.3. Conclusión

Si bien el artículo 67 de la Carta Política abre la posibilidad de establecer costos para la educación, los tratados y pactos que ha firmado el Estado colombiano en

dicha materia, comportan la obligación de garantizar una educación *básica, primaria, gratuita y obligatoria*.

Así las cosas, con la condición que trae la Ley 1448 frente al tema de educación de la población desplazada en su artículo 51, se viola el principio de progresividad y su consecuente prohibición de regresividad contenido en la Carta Política, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia como ya fue señalado, porque la gratuidad de la educación básica y su inmediata exigibilidad se ve sometida a una condición injustificada consistente en acreditar la no posibilidad de pago para la población desplazada, revictimizando así a la población desplazada.

Así las cosas, se configura un tratamiento discriminatorio injustificado de la población desplazada frente a los demás ciudadanos, que viola de manera directa el artículo 13 de la carta política y la obligación de progresividad, toda vez que no hay razón para imponer la carga de acreditar que no cuentan con recurso alguno¹⁷⁹.

Con respecto de la educación para los menores desplazados, la Corte Constitucional en sentencia T-215 de 2002¹⁸⁰ afirma que:

¹⁷⁹Las distintas autoridades educativas adoptarán, en el ejercicio de sus competencias respectivas, las medidas necesarias para asegurar el acceso y la exención de todo tipo de costos académicos en los establecimientos educativos oficiales en los niveles de preescolar, básica y media a las víctimas señaladas en la presente Ley, *siempre y cuando estas no cuenten con los recursos para su pago*.

¹⁸⁰Corte Constitucional. Sentencia T-215 de 2002. Referencia: expediente T-488167. Acción de tutela de instaurada por Narciso Doria Segura y Pedro Tuberquia contra el Colegio Sol del Oriente, la Secretaría de Educación de Medellín, el Municipio de Medellín, la Red de Solidaridad Social, el Ministerio de Educación

El carácter de fundamental del derecho a la educación se potencia mucho más en el caso de los niños desplazados por el conflicto armado pues el intempestivo abandono de su lugar de residencia les obliga a interrumpir sus ciclos de formación educativa. De allí que el Estado se encuentre obligado a solucionar el conflicto suscitado facilitando a tales menores su acceso al sistema educativo en aquellos lugares en los que se radiquen para que no interrumpan su formación. En ese marco, la protección del derecho fundamental a la educación que les asiste a los menores desplazados se torna imperativa para el juez constitucional pues, aparte de las circunstancias que viabilizan la protección de ese derecho a favor de cualquier menor, en el caso de aquellos tal protección se potencia por el evidente estado de indefensión en que se hallan.

5. Artículo 60: Concepto de Víctima

5.1. Premisa Mayor: los contornos de la definición de víctima

La definición de víctima del desplazamiento forzado resulta importante toda vez que con esta se tiene la referencia de cuál será la población que gozará de las medidas de asistencia, reparación y, en general, de las políticas necesarias para mitigar los daños del fenómeno del desplazamiento. En este sentido la Ley 387 de 1997 en su artículo 1° dispuso que se considera desplazado a:

[...] toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividad económica

Nacional y el Fondo de Inversión Social. Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil dos (2002).

habituales, porque su vida digna, su integridad física, su seguridad y libertades personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualesquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencias generalizadas, violaciones masivas de los derechos humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras situaciones emanadas de las circunstancias anteriores que alteren o puedan alterar el orden público.

Frente a esta definición, la Corte Constitucional determinó en la sentencia C-372 de 2009, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla los parámetros que el legislador y el gobierno deben tener en cuenta a la hora de definir o resignificar el concepto de desplazado como parte de sus facultades reglamentarias; dijo la Corte entonces en esta ocasión que:

La jurisprudencia de esta corporación le ha reconocido un carácter amplio a la definición de desplazado y ha manifestado que sea cual fuere la descripción que se adopte sobre desplazados internos, todas contienen dos elementos cruciales: la coacción que hace necesario el traslado y la permanencia dentro de las fronteras de la propia nación. Si estas dos condiciones concurren, no hay la menor duda de que se está ante un problema de desplazamiento forzado.

Así las cosas, en esta misma sentencia la Corte estableció que el legislador debería definir el concepto de persona en situación de desplazamiento, fijando previamente en las disposiciones los elementos descriptivos del concepto de desplazado para lo cual debería enunciar "las circunstancias esenciales de dicho

concepto, en armonía con amplios y flexibles criterios que han sido delimitados por la jurisprudencia y por las determinaciones internacionales, prevalecientes en el orden interno según la previsión del artículo 93 superior".

Igualmente, frente a la definición de víctima, la Corte señaló:

En la actualidad coexisten diversas definiciones de este concepto con distintos contenidos y alcances, unas de carácter internacional y otras de orden interno. Con base en ese concepto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el derecho del desplazado a reclamar sus garantías constitucionales fundamentales proviene de la situación de hecho en que se encuentra la persona y no de la inscripción o certificación que para tal efecto expide la autoridad pública competente, acto que por tal razón, tiene carácter declarativo y no constitutivo de esa situación, pues simplemente son una herramienta técnica que permite la identificación de los beneficiarios de las ayudas y facilita el diseño de políticas públicas. [...]En la realidad, el concepto de desplazado no puede estructurarse con unos indicadores y parámetros rígidos, pues debe moldearse a las muy disímiles circunstancias en que una u otra persona es desplazada dentro del país". (Negrilla fuera de texto).

El anterior recorrido permite reforzar la idea planteada en el capítulo segundo¹⁸¹ acerca que el concepto de desplazado no es un derecho o facultad sino una noción que describe una situación fáctica cambiante, de la cual se desprende la exigibilidad de derechos y garantías para el afectado y su núcleo familiar, y de ahí que deba ser entendida y aplicada de manera amplia con arreglo al principio *pro*

¹⁸¹Cfr.pág. 63.

homine, tal como lo recomiendan la jurisprudencia de esta corporación y los organismos internacionales, tomando en consideración, por lo menos tres elementos básicos identificados en los antecedentes reseñados: (i) la coacción, que hace necesario el traslado, (ii) la permanencia dentro de las fronteras de la propia nación y (iii) la inminencia o efectiva ocurrencia de hechos que puedan propiciar desarraigo.

5.1.1. Legislación y Jurisprudencia vigente respecto a la definición de Desplazado Interno

Si bien algunos años antes de 1997 comenzó a introducirse el término de desplazado en el derecho interno, podría decirse que el concepto fue determinado formalmente a partir de la definición que de él hace la Ley 387 de 1997.

Por su parte, la categoría jurídica de desplazado interno se consolida en el ámbito internacional en 1998 con la promulgación de los “Principios Rectores de los Desplazamientos Internos” o también llamados “Principios Deng”, en honor a Francis M. Deng, primer Representante del Secretario General de la ONU para los Desplazados Internos y quien fuera el autor de la iniciativa ante el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

De acuerdo con este instrumento internacional, que si bien no es el único, si se

constituye a la fecha como el más referenciado, se entiende por desplazados internos:

(...) las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida¹⁸².

A pesar de que los Principios Rectores no surgen a partir de un tratado internacional propiamente vinculante para la nación, la Corte Constitucional ha decidido considerarlos como parte del Bloque de Constitucionalidad¹⁸³ “dado que ellos fundamentalmente reflejan y llenan las lagunas de lo establecido en tratados internacionales de derechos humanos y que han recibido una gran aceptación por parte de distintos organismos internacionales de derechos humanos”¹⁸⁴.

¹⁸²Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 11 de febrero de 1998, *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*. (internet). Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0022>. Consultado el 13/11/2012. Art 2.

¹⁸³Este reconocimiento por parte de la honorable Corporación generó de facto para el Estado la obligación de atender a la definición allí establecida al momento de delimitar en materia interna la condición de desplazado, so pena de violar la obligación general de progresividad y el deber de adoptar disposiciones internas tendientes a materializar la protección de los derechos humanos determinados internacionalmente.

¹⁸⁴Corte Constitucional. Sentencia SU- 1150 de 2000. Referencia: expedientes acumulados T-186589, T-201615 y T-254941. Acciones de tutela instauradas por la Regional de Antioquia de la Defensoría del Pueblo contra la Inspección 8B Municipal de Policía de Antioquia, el Ministerio del Interior, la Gobernación de Antioquia y la Alcaldía de Medellín; Marco Tulio Ararat Sandoval contra la Secretaría de Vivienda Social y Renovación Urbana de Cali; y Jairo Vicente Reyes Cabrera contra la Red de Solidaridad Social. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Santafé de Bogotá, D.C., agosto treinta (30) del dos mil (2000).

Este reconocimiento por parte de la Corporación, generó un choque normativo toda vez que la definición consagrada en materia interna resultaba más restrictiva y por ende violatoria de los derechos humanos de quienes de facto se encontraban en condiciones de desplazamiento pero que, al no estar incluidos en la definición legal, quedaban por fuera de las ayudas que el Estado otorgaba.

Como remedio a esta situación, la Corte Constitucional estableció lo que a su juicio eran los dos requisitos necesarios para que se configurara la calidad de desplazado, que son, como se indicó al comienzo del apartado, la coacción que hace necesario el traslado y la permanencia dentro de la propia nación¹⁸⁵.

Sin embargo, el papel de la Corte no se quedó allí. En el auto 011 de 2009 se ordenó a Acción Social incluir en los subregistros de población desplazada a aquellas personas que se hubieran visto obligadas a huir de su territorio por motivo de fumigaciones, por coacción de *“grupos armados al margen de la ley cualquiera que fuera su denominación y otras causas, factores o tipo de desplazamiento que anteriormente conducían a que la persona desplazada no fuera registrada”*.¹⁸⁶

Como puede observarse, el papel activo del Tribunal Constitucional en la configuración de la definición de desplazado interno ha sido fundamental para la

¹⁸⁵ Cfr. pág. 143

¹⁸⁶ Auto 011 de 2009.

progresiva ampliación y cobertura de los derechos de la población desplazada. Así entonces, la Corte ha sido enfática al afirmar que la condición de desplazado no puede ser un derecho otorgado por el legislador, sino que debe entenderse como *“una situación fáctica cambiante, de la cual se desprende la exigibilidad de derechos y garantías para el afectado y su núcleo familiar”*. De ahí que, en casos de contradicción normativa, deba siempre ser entendida de manera amplia de conformidad con el principio *pro personae*¹⁸⁷.

5.2. Premisa Menor: el concepto de víctima en la Ley 1448 de 2011

El párrafo 2 del artículo 60 de la Ley 1448 desarrolla el concepto de víctima del desplazamiento forzado para efectos de la Ley. A continuación, se realizará un examen de constitucionalidad del párrafo 2 del artículo 60 (se transcribe en lo esencial a la discusión):

ARTÍCULO 60. NORMATIVIDAD APLICABLE Y DEFINICIÓN.

Parágrafo 2º. Para los efectos de la presente ley, se entenderá que es víctima del desplazamiento forzado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su

¹⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 372 de 2009. Referencia: expediente D-7473. Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo del artículo 1º de la Ley 387 de 1997, “Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia de la República de Colombia”. Demandante: José Fernando Valencia Grajales. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, D. C., mayo veintisiete (27) de dos mil nueve (2009).

integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de las violaciones a las que se refiere **el artículo 3°** de la presente Ley.
(Negrillas fuera de texto)

Se desprende del artículo en examen que el concepto de víctima se encuentra circunscrito a dos elementos fundamentales: (i) que la persona se haya visto forzada a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su localidad de residencia porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales se encuentran directamente amenazadas y (ii) que esta situación se de con ocasión a las violaciones a las que refiere el artículo 3 de la presente Ley cuyo contenido reza:

“Se consideran víctimas, para los efectos de esta Ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, **ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.** [...]”¹⁸⁸ (negrillas fuera de texto)

A partir de esta lectura, se tiene que el párrafo 2 del artículo 60 –con la respectiva remisión al artículo 3 de la Ley– al restringir la definición de víctima, excluye otras circunstancias o situaciones objetivas que en Colombia también dan lugar al desplazamiento forzado y que sobrepasan el margen de los hechos

¹⁸⁸ Ley 1448 de 2011, Ley de víctimas y restitución de tierras.

originados “*con ocasión al conflicto armado interno*”; desplazando de la categoría de “víctima del desplazamiento forzado” a otras personas que, aunque bajo circunstancias originarias diferentes, también se encuentran en situación de desplazamiento, a saber, entre otras, las víctimas de las recientes bandas organizadas a quienes el gobierno no considera actoras dentro del conflicto armado.

En este punto, cabe entonces preguntarse: ¿Vulnera el Estado su deber de progresividad y consecuente prohibición de regresividad, al proponer una definición restrictiva –frente a las anteriores regulaciones de la materia- que limita el universo de víctimas que tienen derecho a acceder a los beneficios que el Gobierno establece?

5.3. Conclusión

El párrafo 2 del artículo 60 impone restricciones respecto del concepto de persona desplazada, violando el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la carta política y yendo en contravía de los estándares definidos por la jurisprudencia constitucional. La definición que trae la ley al respecto del concepto de víctima del desplazamiento forzado, excluye de los beneficios, servicios, mecanismos y prerrogativas contenidas en la Ley a personas que, de acuerdo al desarrollo normativo y jurisprudencial de más de una década en Colombia, reúnen los requisitos para ser considerados en situación de desplazamiento forzado.

En otras palabras, la Ley adoptó un concepto más restrictivo de “víctima del desplazamiento forzado” de manera injustificada respecto de la definición contemplada en el artículo 1° de la Ley 387 de 1997, la definición dada en los principios DENG y las definiciones jurisprudenciales contenidas en las sentencias T-025 de 2004, C-372 de 2009 y el auto 011 de 2009.

Así las cosas, resulta lógico afirmar que la Ley 1448 deja por fuera de la definición de víctima del desplazamiento forzado a dos grupos muy importantes: a la cantidad de víctimas que no comportan tal calidad en virtud del conflicto armado interno sino por grupos conflictivos alternos como las BACRIM o, en general, el crimen organizado y a quienes han sido víctimas de fenómenos naturales, fumigaciones u otras situaciones que de igual manera cumplen con los dos elementos señalados por el Tribunal Constitucional, a saber: **la coacción** que hace necesario **el traslado** y **la permanencia** dentro de las fronteras de la propia nación. Si estas dos condiciones concurren, no hay la menor duda de que se está ante un problema de desplazamiento forzado.

En este orden de ideas, se afirma que existe una vulneración por parte del legislador al principio de progresividad –y su consecuente prohibición de no regresividad– al excluir de los beneficios que otorga la Ley 1448 a los otros grupos de desplazados que no hacen parte de la definición de la ley en estudio. Entre tanto, es posible afirmar la posible inconstitucionalidad del párrafo 2 del artículo

60 toda vez que está yendo en contravía de la normatividad y la jurisprudencia vigente relacionada con la definición de víctima del desplazamiento forzado y que ha dejado de lado situaciones objetivas que también dan lugar al desplazamiento y pueden alterar de manera importante el orden público.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La presente monografía quiso estudiar de forma deductiva un problema de la máxima importancia para la dogmática del Derecho. Se trata del principio de progresividad y no regresividad como argumento normativo para el análisis de constitucionalidad de la legislación de derechos prestacionales en materia de deslazamiento forzado.

La primera aclaración que aporta el estudio aquí adelantado, es que el *principio de progresividad* tiene la característica de ser *justiciable* dentro de nuestra práctica constitucional, es decir, que puede invocarse como argumento ante el tribunal constitucional pues, por sí mismo, es un elemento de evaluación del contenido de las normas y su desconocimiento injustificado, desproporcionado e irrazonable, es suficiente para extraer una norma del ordenamiento jurídico.

La Corte constitucional en la actualidad, abraza la llamada “tesis intermedia”¹⁸⁹ que parte de la certeza que el principio de progresividad y no regresividad es justiciable, pero que no hace derivar la inconstitucionalidad automáticamente de la violación del principio, sino que precisa antes del uso del test de proporcionalidad, en aras de reconocer mejores posiciones jurídico-constitucionales, derivadas de una presunta infracción del principio.

¹⁸⁹ UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, Diana. *Ob. Cit.* p. 12.

Entender la naturaleza jurídica del principio y su grado de justiciabilidad fue el primer paso para el análisis propuesto, de suerte que se supo con certeza como implementar su uso.

Consecuentemente, fue menester analizar el material normativo que disciplina las acciones en relación con el fenómeno del desplazamiento forzado, y la investigación evidenció una copiosa política pública, iniciada desde 1995 que pasa por la intervención de muchos sectores y todos los poderes del Estado. Así, el Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES– inició el trasegar de esta política con el reconocimiento de la ausencia de medidas gubernamentales hasta entonces y comprometiéndose tanto con la definición del fenómeno como la intervención del mismo. Seguidamente se expidió la Ley 387 de 1997, la emblemática declaración de Estado de Cosas Inconstitucional que hizo la Corte mediante sentencia de Tutela en el año 2004 (incluidos allí los autos y audiencias públicas de seguimiento) y finalmente, en este esfuerzo por atender las dimensiones de la situación del desplazamiento, la Ley 1448 de 2011 que incluyó dentro del concepto de víctima al desplazado.

Todo este material estudiado, arrojó como evidencia a la investigación que la posición, al menos normativa, del desplazado está cubierta por numerosos frentes de protección y que el Derecho lo ha incluido como sujeto de especialísima protección, por su grado de vulnerabilidad y por la injusticia que encarna su situación. De este modo, se incubó desde el principio la intuición que la merma en

el contenido de los derechos sociales perfilados para su situación, como se advierte en algunos contenidos de la Ley 1448 de 2011, no parece ser justificable, pues en la revisión de la normativa que compone la política pública y en la principalística que la reviste, nunca se avizoró la posibilidad de anteponer otros valores a los compromisos adquiridos con la población víctima del desplazamiento forzado; ni de tipo fiscal, ni sociológico o jurídico.

Todo el estudio anterior se volcó como insumo al análisis que la investigación hizo sobre 4 derechos prestacionales que la Ley 1448 de 2011 desarrolló: reparación integral, vivienda, educación y concepto de víctima. Se concluyó en esta ocasión que, partiendo de la dogmática del principio que fue perfilada en el capítulo I y de conformidad con los desarrollos normativos de la política pública sobre desplazamiento forzado, tema del segundo capítulo, tales artículos (analizados en el capítulo III), al menos por el cargo de violación al principio de progresividad y no regresividad¹⁹⁰ son en principio inconstitucionales.

El análisis detallado de los artículos llevó a esa conclusión, pero también allí nos condujo una lectura holística del tema; pues las disposiciones bajo examen minan claramente la posición jurídica de los desplazados al debilitar las prestaciones que en materia de derechos sociales ya habían sido estipuladas por otras normatividades. Se ve, entonces, como las nuevas disposiciones no solo

¹⁹⁰ Queda abierta la puerta al análisis de si, respecto a su proporcionalidad, tales disposiciones pueden continuar dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

derogan parte de una normatividad sino que también “derogan” una posición jurídica anteriormente adquirida, situación que no resiste la política ni el derecho constitucional.

De este modo es que la monografía que se presenta tiene un impacto político, jurídico y académico. El primero por participar de los debates que se están librando en torno al desplazamiento forzado y reafirmar la importancia del tema; lo segundo por contribuir a la armonización del ordenamiento jurídico recobrando la vigencia de la Constitución y del Bloque de Constitucionalidad. Lo tercero por hacer de este esfuerzo académico no un ejercicio de retórica y halago a las formas, como fuera en una época la característica principal de la investigación en Derecho, sino por proponer formas de hacer una academia viva, preocupada por la lectura y el diagnóstico del presente, sin perder el rigor y la responsabilidad en el trato de los temas y las fuentes.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA

1. Libros

ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian. *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: CELS, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ÁLVAREZ DÍAZ, Oscar Luis. *Estado social de derecho, Corte Constitucional y desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad Nacional de Colombia – IEPRI, Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar. 2008.

ARIAS ODON, Fidias G. *El Proyecto de Investigación. Guía para su elaboración*. Tercera Edición, Caracas: Episteme, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiciadas, la modernidad y sus parias*. Trad.: Pablo Hermida Lazcano. Barcelona: Paidós, 2006.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. España: Editorial Trotta, 2005.

DAVID, René. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Derecho Comparado*. Decimoprimer edición. México: Universidad Autónoma de México, 2010.

GALEANO MARÍN, María Eumelia. *Estado del arte sobre fuentes documentales en investigación cualitativa*. Medellín: Facultad de ciencias sociales y humanas, Universidad de Antioquia. 2000.

GALEANO, Eduardo. *Las Venas Abiertas de América Latina*. Montevideo: Siglo Veintiuno, 1970.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993.

GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *El derecho a la educación en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Defensoría del Pueblo Colombia, PROSEDHER, Serie DESC. Bogotá, D.C., 2003.

LÓPEZ CASTAÑO Hugo y NUÑEZ MÉNDEZ Jairo. *Pobreza y desigualdad en Colombia: Diagnóstico y estrategias*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2007.

McCANN, Michael. *Legal Mobilization and Social Movements: Notes on Theory and Its Applications*. Studies in Law, Politics and Society. 1991.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes-ACNUR-ASDI, 2009.

RODRIGUEZ GARAVITO, César. *Prólogo: Violencia, legalismo y fetichismo: el desciframiento de la paradoja colombiana*. En. LEMAITRE RIPOLL, Julieta. *El Derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes. 2009.

TÉLLEZ SANABRIA, Milton Dumar Mateo. *El derecho a la vivienda adecuada de las personas en situación de desplazamiento forzado*. Tesis presentada para optar al título de Abogado. Medellín: Universidad de Antioquia, 2008,

TUGENDHAT, Ernst. *Lecciones de Ética*. Barcelona: Gedisa, 2001.

URIBE, María Teresa & otros. *Desplazamiento forzado en Antioquia 1985-1998. Volumen 0: Aproximaciones teóricas*. Bogotá: Secretariado Seccional de Pastoral Social Sección de Movilidad, Universidad de Antioquia, 2001.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tercera Edición. Bogotá: Ed. Comlibros, 2007,

VIDAL, Roberto. *Derecho global y desplazamiento interno. La creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado por la violencia en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Universidad del Rosario, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005.

2. Revistas y Boletines

BOHADA, María del Pilar. *Desplazamiento forzado y condiciones de vida de las comunidades de destino: el caso de Pasto, Nariño*. En: Revista de Economía Institucional, vol. 12, No. 23, segundo semestre/2010, Bogotá.

Boletín de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Número 79 - Bogotá, Quito, Marzo de 2012.

CASTILLO CADENA, Fernando. *Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: Una perspectiva desde el análisis económico*. En: Universitas, jul – dic, No. 112, 2006. PP. 111 - 147. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

CONFERENCIA EPISCOPAL DE COLOMBIA. *Derechos Humanos y Desplazados por Violencia en Colombia*. Bogotá, marzo 1995.

Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento CODHES. Boletín de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Número 79 - Bogotá, Quito, marzo de 2012.

LÓPEZ MARTÍNEZ, Miguel Andr ez. *Examen General de los alcances de la responsabilidad patrimonial del Estado en la política publica de desplazamiento*

forzado en la política pública de desplazamiento forzado. En: Revista de estudios socio-jurídicos. Bogotá (Colombia), 13 (1): 451-487, Enero-Junio de 2011. P. 460

LÓPEZ-MARTÍNEZ, Miguel Andrés. *Examen general de los alcances de la responsabilidad patrimonial del Estado en la política pública de desplazamiento forzado*, Bogotá, Revista Estudios Socio-jurídicos, 2011, 13, (1), pp. 453.

MACHADO, RUÍZ, Ricardo. *Derechos humanos en materia de desplazamiento forzado por el conflicto socio-político en Colombia*. En: Revista El Ágora, No. 1, enero – junio 2010. (pp. 183 – 196). pp. 185 – 186.

NASH ROJAS, Claudio. *Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales*. En: Revista de Estudios Constitucionales. Santiago, Chile: Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, año 9, N° 1, 2011, pp. 65 - 118. ISSN 0718-0195.

OLANO, GARCÍA, Hernán Alejandro. *El bloque de constitucionalidad en Colombia*. En: Revista de Estudios Constitucionales. Santiago, Chile: Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, año 9, N° 1, 2011, pp. 231 – 242. ISSN 0718-0195.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y GUZMÁN RODRÍGUEZ, Diana Esther. *En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales*. En: International Law, revista colombiana de Derecho Internacional

3. Cibergrafía

ACNUR. Directrices de elegibilidad del ACNUR para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo de Colombia. (Internet). Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/?id=423>. Consultado el 12/11/2012.

ACNUR. Situación Colombia. (Internet) Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/?id=423>. Consultado el 16/09/2012, 14: 40.

ACNUR. Situación Colombia: Panorama Regional 2011 (Colombia, Ecuador, Venezuela y Panamá). Recuperado el 16 de Agosto de: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/Situacion_Colombia_-_Panorama_regional_-_2011, p. 2.

AGENCIA ALEMANA PARA LA COOPERACIÓN (GIZ) y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz. (Internet). Disponible en: <http://www.profis.com.co/anexos/documentos/pdfpublicaciones/Da%C3%B1o.pdf>. Consultado el 01/12/2012.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y SECRETARIO GENERAL. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Febrero 28 de 2008, p. 28. (Internet). Disponible en: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_2292.pdf?view=1. Consultado el 21/11/2012.

ATRIA, Fernando. ¿Existen Derechos Sociales? (internet) Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/existen-derechos-sociales-0/>. Consultado el 21/04/2011.

CAJAS SARRIA, Mario Alberto. La Reforma Constitucional: Límites de la Corte al Congreso". (Internet) Consultado el 17/09/2012 03:20 Disponible en: Fundación para el estudio y la difusión del Derecho Comparado <http://www.derecho-comparado.org/Colaboraciones/cajassarriareformaconstitucional.html>.

CENTRO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS (Hábitat). La Campaña Mundial de Seguridad en la Tenencia de la

Vivienda, p. 7. (Internet). Disponible en: [http://www.fedevivienda.org.co/aa/img_upload/646f63756d656e746f732e2e2e2e2e2e2e2e/Campa_a_mundial_de_seguridad_en_la_tenencia_de_la_vivienda.PDF](http://www.fedevivienda.org.co/aa/img_upload/646f63756d656e746f732e2e2e2e2e2e/Campa_a_mundial_de_seguridad_en_la_tenencia_de_la_vivienda.PDF).

Consultado el: 20/11/12.

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: fundamentación y casos (2002-2008). Disponible en: http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/inf_2010_n1_re.pdf.

Consultada el 19/09/2012, 19:30.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación general N° 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). Internet. Disponible en: <http://www.escr-net.org/docs/i/428687>. Consultado el 21/11/12.

COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor. Principio de progresividad y prohibición de regresividad según Christian Courtis & Víctor Abramovich. Disponible en: <http://cartapaciojuridico.blogspot.com/2011/06/principio-de-progresividad-y.html>, consultado el 19/09/2012, 19:15.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. (Internet). Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0013>.

Consulta el 21/11/12.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. En: Revista internacional de filosofía política. Madrid. Numero 17, Julio 2001. Págs. 31. (Internet) Consultado el 22/09/2011 23:12 Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>.

MACEDONIO HERNÁNDEZ, Carlos. Breve análisis del origen y evolución de la víctima en el derecho penal. (Internet). Disponible en: <http://www.derecho.uady.mx/tohil/rev25/origenyevolucion.pdf>. Consultado el 01/12/12.

MELISH, Tara J. El litigio supranacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano. (Internet). Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/ibros/5/2469/11.pdf>. Consultado el 16/10/2012.

MUÑOZ SEGURA, Ana María. El principio de progresividad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana: un propósito con carácter de justiciabilidad. Biblioteca Jurídica Virtual de Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rlds/article/view/18684>. Consultada el 19/09/2012, 18:10.

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 11 de febrero de 1998, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. (Internet). Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0022>. Consulta el 13/11/02012. Art 2.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1° del artículo 2° del Pacto), U.N. Doc. E/1991/23, Quinto Período de Sesiones, 1990, (internet). Disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CESCR+Observacion+general+3.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CESCR+Observacion+general+3.Sp?OpenDocument), párr. 9.

Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. (Internet).

Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>. Consultado el 01/12/12.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional -ACCIÓN SOCIAL-. ABC de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, p. 3 (internet). Disponible en: <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=FRW94oAX3Ec%3D&tabid=1080>; Consultado el 1/09/2012.

PROYECTO TERRANOVA. Análisis sobre desplazamiento y tierras. Facultad de Derecho Universidad de los Andes. (Internet). Disponible en http://terranova.uniandes.edu.co/politpub/punto_b.html. Consultado el 20/10/2012.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, DEPARTAMENTO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL. Reporte General Población Desplazada. (Internet). Disponible en: <http://www.dps.gov.co/EstadisticasDesplazados/>. Consultada el 2/09/2012.

RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. Cortes y Cambio Social: Como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJuSticia, 2010, p. 37. Disponible en: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=781. Consultado el 08/11/2012.

Secretaría General OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos, (internet). Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0001>. Consultado el 01/12/12.

TOLEDO TORIBÍO, Omar. El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral. En: Derecho y cambio social. Disponible en:

http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/progresividad_y_regresividad_la_boral.pdf. Consultada el 19/09/2012, 21:13.

UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, Diana. ¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. (Internet). En: Publicaciones DeJuSticia. Consultado el 19/09/2012 20:30. Disponible en: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=derechos_sociales&publicacion=180.

ZULUAGA NIETO, Jaime. La guerra interna y el desplazamiento forzado. Disponible en: http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/humanas/2004945/docs_curso/descargas/2da%20sesion/Basica/Jaime_zuluaga.pdf. Consultado el 19/09/2012.

ZULUAGA NIETO, Jaime. La Guerra Interna y el Desplazamiento Forzado. Disponible en: http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/humanas/2004945/docs_curso/descargas/2da%20sesion/Basica/Jaime_zuluaga.pdf. Consultado 10/10/2012.

4. Normas y jurisprudencia

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1448 (10, junio, 2011). Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2011. No. 48.096.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 387 (18, julio, 1997). Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los

desplazados internos por la violencia en la República de Colombia. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1997. No. 43.091.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 560 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 916 de 2002, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 168 de 1995, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 671 de 2002, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 789 de 2002, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 038 de 2004, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 754 de 2004, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 931 de 2004, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 251 de 1996, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 199 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 272 de 2009. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Bogotá, D. C., catorce (14) de octubre de dos mil nueve (2009).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 372 de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, D. C., mayo veintisiete (27) de dos mil nueve (2009).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 578 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D.C., Diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 1199 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 412 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 225 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela No. 025 de 2004. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D. C., veintidós (22) de enero de dos mil cuatro (2004).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela No. 068 de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela No. 085 de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería,

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela No. 086 de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de dos mil tres (2003).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela No. 215 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil dos (2002).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela No. 227 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela No. 251 de 1995, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela No. 458 de 2010 Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela No. 585 de 2006, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil seis (2006).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela No. 694 de 2011, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela No. 706 de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela No.821 de 1997, Magistrada Ponente (E): Dra. Catalina Botero Marino. Bogotá, D.C, cinco (5) de octubre de dos mil siete (2007).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación No. 1150 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Santafé de Bogotá, D.C., agosto treinta (30) del dos mil (2000).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “*Caso Montero Aranguren y otros*”, julio 05 de 2006. (Internet). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf,

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Ximenez López”, julio 04 de 2006. (Internet). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “Cinco pensionistas VS Perú”, febrero 28 de 2003. Voto Concurrente Razonado del H. Juez Sergio García Ramírez. Capítulo 3, p. 92. (Internet). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_98_esp.pdf. Consultado el 10/10/2012.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *Documento Conpes 2804. Plan de acción para la prevención y atención del desplazamiento forzado.* 1995. (internet). Disponible en: http://www.restituciondetierras.gov.co/media/descargas/pdf_anexos/doc_a2.pdf. Consultado el 21/10/2012.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *Documento Conpes 2924. Plan de acción para la prevención y atención del desplazamiento forzado.* 1999. Pag 6 (internet). Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/topic,4565c2253e,4565c25f49d,46d57efa2,0,,LEGISLATION,.html>. Consultado el 08/11/2012.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2591 (19, noviembre, 1991). Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991. Bogotá, D.C.