

La protección de los grupos vulnerables y la superación de la discriminación estructural

Mônia Clarissa Hennig Leal, Hartmut Rank y Felipe Franco

Editores



La protección de grupos vulnerables y la superación de la discriminación estructural

Mônia Clarissa Hennig Leal, Hartmut Rank y Felipe Franco

Editores

©2024 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e.V.
KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e.V.

Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 93B n.º 18-12, piso 7
Bogotá, Colombia
Tel.: (+571) 743 0947
iusla@kas.de
www.kas.de/iusla
Twitter: KASiusLA
Facebook: /kasiusla

Editores responsables:

Mônia Clarissa Hennig Leal, Hartmut Rank y Felipe Franco

Coordinador académico y editorial:

Felipe Franco

Corrección de textos:

María José Díaz Granados M.

Diagramación:

Marta Rojas

Imagen de cubierta:

Paulo Cañón y María Reyes

ISBN: 978-628-7708-17-4

Bogotá, D. C., enero de 2025

Esta publicación se distribuye en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de la FKA. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

7 Prólogo

Hartmut Rank y Felipe Franco

15 Introducción. Minorías, grupos vulnerables, grupos en situación de vulnerabilidad y su relación con la discriminación estructural

Mônia Clarissa Hennig Leal

45 La protección de grupos vulnerables en el orden constitucional argentino: de las pautas normativas a la jurisdicción tuitiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Argentina. María Sofía Sagüés

93 La protección de los grupos vulnerables por el Tribunal Supremo brasileño

Brasil. Ana Carolina Lopes Olsen y Mônia Clarissa Hennig Leal

141 Enfrentar judicialmente la vulnerabilidad y la discriminación: el constitucionalismo transformador igualitario en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Colombia. Jorge Ernesto Roa Roa y Juan José Aristizábal

175 Grupos vulnerables en México: nuevas gramáticas jurisprudenciales sobre igualdad y no discriminación

México. Mario Cruz Martínez

211 Protección constitucional de los grupos en situación de vulnerabilidad en el Perú

Perú. César Landa

255 La protección jurisprudencial de las minorías, grupos en situación de vulnerabilidad, y discriminación estructural en Uruguay

Uruguay. María Paula Garat

281 Protección de grupos vulnerables, discriminación estructural
e interseccionalidad desde la perspectiva de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos

SIDH. Mônia Clarissa Hennig Leal y Felipe Franco

324 Conclusiones

Enfrentar judicialmente la vulnerabilidad y la discriminación: el constitucionalismo transformador igualitario en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

COLOMBIA

Jorge Ernesto Roa Roa*
Juan José Aristizábal**

La igualdad como promesa constitucional y los dispositivos que configuran *la ley del más débil*

Colombia es uno de los países más desiguales en la región más desigual del mundo. Así era en 1991 y así es actualmente.¹ Por ello, no fue extraño que el constituyente de 1991 hubiera establecido la igualdad como valor, principio y derecho,² así como los mandatos específicos que de este se derivan, como uno de los ejes centrales de la Constitución.³ Se podría afirmar que la igualdad y la superación de la discriminación estructural son dos de las promesas centrales del constitucionalismo colombiano. Aunque se trate de unas promesas incumplidas, ello no quiere decir que no existan

* Abogado constitucionalista. Consultor internacional en derechos humanos y arbitraje. Fue magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia. Es investigador posdoctoral de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y profesor en varias universidades de América Latina y Europa. jorgeroaroa@gmail.com.

** Abogado de la Universidad de Caldas; magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Es funcionario de la Corte Constitucional de Colombia. juanj.aristizabal@gmail.com.

1 Juan Manuel Santos, *The Battle Against Poverty: Colombia: A Case of Leadership*, Oxford, Oxford University Press, 2023, pp. 148-159.

2 Corte Constitucional de Colombia (CCC), Sentencia SU-150 de 2021, párr. 102.

3 Se trata de los siguientes cuatro mandatos: “(a) el de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (b) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (c) el de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (d) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las segundas sean más relevantes que las primeras”. CCC, Sentencia SU-150 de 2021, párr. 103.

las herramientas normativas, jurisprudenciales y funcionales para avanzar decididamente hacia la construcción de una sociedad más igualitaria en la que el pilar central se base en que cada persona sea tratada con “igual consideración y respeto”.⁴

La Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia y la legislación configuran en el sistema constitucional colombiano lo que Ferrajoli denomina la *ley del más débil*.⁵ En esta materia, como en muchas otras, la Constitución y el bloque de constitucionalidad pueden reivindicar una cierta suficiencia normativa. De manera que las causas para la existencia de la desigualdad estructural hay que buscarlas (en su mayoría) fuera de las estructuras legales.

Asimismo, el constitucionalismo latinoamericano ha tenido una marcada preocupación por la igualdad. En general, a fines del siglo XX e inicios del XXI se aprobaron reformas constitucionales que ampliaron el régimen de los derechos económicos, sociales y culturales.⁶ De este modo, se estableció un mayor compromiso en la lucha contra la discriminación.

La casi totalidad de las reformas ha sido muy generosa en el reconocimiento de derechos constitucionales a sus habitantes, pues no solo incorporaron los derechos civiles y políticos heredados de las tradiciones demoliberales [...] sino que también establecieron ampliamente los derechos económicos, sociales y culturales —como la educación, la vivienda o la salud— e incluso avanzaron en el reconocimiento de formas de derechos colectivos.⁷

Colombia no fue ajena a este influjo. Por esa razón, la igualdad aparece en la Constitución en el preámbulo y en los artículos 13 (sobre la igualdad en general), 42 (respecto de las relaciones familiares), 53 (entre

4 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. xv.

5 Luigi Ferrajoli, “Derechos y garantías”, *La ley del más débil*, 7ª ed., Madrid, Trotta, 2010, p. 17.

6 Estos derechos se pueden encontrar en Norte y Centroamérica en la Constitución Mexicana de 1917, la costarricense de 1949, la panameña de 1972, la hondureña de 1982, la salvadoreña de 1983, la guatemalteca de 1985, la nicaragüense de 1987. Además, la consagración de estos derechos también está presente en Sudamérica en la Constitución de Surinam de 1987, la brasileña de 1988, la colombiana de 1991, la paraguaya de 1992, la peruana de 1993, la argentina de 1994, la venezolana de 1999, la ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009.

7 Rodrigo Uprimny, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en César Rodríguez, *El derecho en América Latina*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 113.

trabajadores), 70 (frente al acceso a la cultura), 75 (sobre el acceso al espectro electromagnético), 209 (como principio de la función pública) y 227 (como guía para las relaciones internacionales). Allí es posible identificarla en su función normativa de valor (preámbulo y arts. 13 y 227), principio (arts. 13, 42, 53 y 209), derecho (arts. 13, 42, 53, 70 y 75), mandato (art. 13) o aspiración (art. 75).

Además, el artículo 93 de la Constitución es el mecanismo de ampliación normativa que integró al ordenamiento jurídico los tratados internacionales debidamente ratificados. El Estado colombiano ha ratificado múltiples tratados que tienen como eje central la igualdad y que integran el bloque de constitucionalidad. Entre estos destacan la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”.

De manera que el ordenamiento colombiano está dotado de los dispositivos normativos necesarios para configurar un modelo de Estado en el que impere la *ley del más débil*. Es decir, un sistema que ha sido creado no solo para reconocer las diferentes asimetrías entre quienes integran la sociedad, sino que aspira decididamente a que existan los diseños institucionales, las políticas públicas, un sistema regulatorio y una administración que intervenga decididamente para reducir las diferentes brechas normativas y fácticas entre los individuos.

Esa aspiración y la potencia de ese mandato normativo explican la jurisprudencia constitucional que se analizará en las siguientes secciones. Allí se mostrará la forma como la Corte Constitucional ha desarrollado ampliamente las categorías que permiten *lidiar* con la desigualdad: los sujetos de especial protección, los grupos vulnerables, las minorías o los criterios sospechosos de discriminación. Desde luego, se indicará el impacto que cada una tiene en diferentes aspectos institucionales. Debido a que el drama de la desigualdad es estructural, también resulta inevitable una referencia a los mecanismos con los que el tribunal constitucional ha respondido de una forma también estructural a ese fenómeno.

Los sujetos de especial protección constitucional, los grupos vulnerables, discriminados o marginados y las minorías: una lista abierta en la construcción del lenguaje de la igualdad

Una de las ideas fundamentales que justifican la existencia de la justicia constitucional es que el *judicial review* puede contribuir a preservar las condiciones que hacen valioso al procedimiento democrático, mejorar la calidad de la representación o proteger los derechos de las minorías. Todo lo anterior, a fin de vigilar y garantizar el buen funcionamiento de la actividad realizada por el legislador.⁸

Teóricamente, este argumento fue desarrollado y difundido con éxito, entre otros, por John Hart Ely. Para ilustrar su idea, Ely sugiere una analogía entre el sistema político y los siguientes dos casos: el primero es el rol de las instituciones antimonopolio, que corrigen las disfuncionalidades del mercado sin imponerle objetivos específicos; el segundo es el papel del árbitro en los deportes, quien garantiza el cumplimiento de las reglas del juego sin tener la capacidad para determinar cuál equipo será el ganador. Según Ely, así como el mercado se interviene para corregir sus disfuncionalidades o el árbitro se encarga de que los equipos en contienda no obtengan una ventaja violando las reglas del juego, los jueces constitucionales solo intervienen al haber una falla en el procedimiento político. Desde el punto de vista procedimental, el sistema político puede fallar de dos maneras: cuando se cierran o bloquean los canales del cambio político o cuando la mayoría afecta los derechos de una minoría subrepresentada.⁹

Este es el núcleo del conocido argumento sobre la teoría del fallo legislativo.¹⁰ Esta teoría fue expresada por el juez Harlan Fiske Stone en los párrafos segundo y tercero de la nota a pie de página número cuatro del caso *United States v. Carolene Products Co.*¹¹ De acuerdo con Owen Fiss, la teoría del

8 John Hart Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980. La versión extensa del argumento en las páginas 73 a 183 y la versión resumida en la página 103. También en John Hart Ely, "Toward a representation-reinforcing mode of judicial review", *Maryland Law Review*, v. 37, n.º 3, 1978, pp. 451-487. Otro autor que sigue esta tesis se puede encontrar en: Ron Replogle, "The scope of representation-reinforcing judicial review", *Columbia Law Review*, v. 92, n.º 6, 1992, pp. 1592-1624.

9 Ely, "Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review", *op. cit.*, p. 486.

10 Owen Fiss, *El derecho como razón pública*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 26-38.

11 Párrafo 1: "Puede haber un ámbito más restringido para la aplicación de la presunción de constitucionalidad cuando la legislación parece estar comprendida en una prohibición específica de la Constitución, como las de las diez primeras enmiendas, que se consideran igual-

fallo legislativo puede ser sintetizada de la siguiente manera: “los jueces deben respetar las decisiones de la legislatura a menos que (ocurra) la victimización de una minoría discreta e insular; es decir, un grupo impedido para formar coaliciones y, por tanto, para participar de manera efectiva en la política de mayorías”.¹²

Este fallo ocurre cuando, basados en prejuicios o en una actitud hostil, los representantes actúan de manera sistemática en contra de los derechos de una minoría que no tiene representación dentro del órgano legislativo o que tiene una representación exigua dentro del Congreso.¹³ El punto central de Ely es que, cuando el sistema político falla, los menos indicados para percatarse de esa situación y reconocerla son los propios representantes. Por el contrario, los jueces ostentan dos condiciones relevantes para determinar la existencia y remediar los errores del procedimiento democrático: su experticia en materia de procedimientos y su condición de observadores o agentes externos al proceso político.¹⁴

En virtud de la primera condición, los jueces resultan idóneos para realizar esa evaluación porque son expertos en resolver controversias que implican la sujeción a procedimientos. En segundo lugar, los jueces ostentan

mente específicas cuando se consideran comprendidas en la 14”. Párrafo 2: “No es necesario considerar ahora si la legislación que restringe los procesos políticos que normalmente se puede esperar que conduzcan a la derogación de la legislación indeseable debe estar sujeta a un escrutinio judicial más exigente en virtud de las prohibiciones generales de la 14 Enmienda que la mayoría de los otros tipos de legislación”. Párrafo 3: “Tampoco necesitamos preguntar si consideraciones similares entran en la revisión de leyes dirigidas a determinadas religiones [...] si el prejuicio contra minorías discretas e insulares puede ser una condición especial, que tiende seriamente a restringir el funcionamiento de los procesos políticos en los que normalmente se confía para proteger a las minorías, y que puede exigir una investigación judicial correspondientemente más minuciosa”. SCOTUS, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S., 144, 152, n° 4 (1938). Traducción propia. Un análisis del contexto y los elementos de esta decisión judicial se puede consultar en Bruce Ackerman, *We the people. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 119-130.

12 Fiss, *El derecho como razón pública*, *op. cit.*, p. 26.

13 “El fallo se produce cuando el proceso no merece la confianza, cuando (1) los de dentro están obstruyendo los canales de cambio político para asegurarse de que ellos seguirán dentro y los de fuera seguirán fuera, o (2) aunque a nadie se le niegue realmente la voz o el voto, los representantes que dependen de una mayoría efectiva están perjudicando sistemáticamente a una minoría por simple hostilidad o por una negativa prejuiciosa a reconocer intereses comunes, y negando así a esa minoría la protección que ofrece a otros grupos un sistema representativo”. Ely, *Democracy and Distrust*, *op. cit.*, p. 103.

14 *Idem.*

una posición privilegiada como observadores externos para determinar si se produjo uno de los casos de error del procedimiento político.

De manera que, incluso los críticos de la existencia o el funcionamiento de la justicia constitucional reconocen que los tribunales pueden tener un rol relevante para la protección de las minorías insulares o discretas. Se trata de una intervención para corregir una disfuncionalidad del sistema democrático en la que los grupos que han sido históricamente marginados y que, por ende, carecen de representación política, se mantienen en esa marginación. Ello ocurre porque el sistema político no los ve, no le interesan los problemas de esos colectivos debido a su baja capacidad de agencia o porque la debilidad de esos grupos es tan alta que sus problemas son visibles para la sociedad, pero no para los agentes estatales. Por eso, los tribunales pueden intervenir cuando el legislador aprueba normas que los afectan negativamente. Esta intervención está muy lejos de ser considerada activista. Por el contrario, es una corrección que fortalece al sistema democrático.

Esta defensa procedimental del control de constitucionalidad tiene como trasfondo una noción de la democracia que pone el acento en el valor sustancial de la igual dignidad democrática. Ello ha servido para que desde el constitucionalismo transformador se defienda una intervención judicial que parte de que el constitucionalismo debe reflejar el lenguaje de la igualdad.¹⁵

En ese marco, en el ámbito individual, el artículo 13 de la Constitución (inciso tercero) reconoció que puede haber personas que, pertenezcan o no a un grupo discriminado o marginado, pueden ser objeto de discriminación de manera que requieren una protección constitucional reforzada. Esos criterios permiten identificar una serie de sujetos de especial protección constitucional. A nivel individual, lo relevante no es la pertenencia a un grupo, sino la condición o situación que deriva de aspectos como su posición económica y sus características físicas o mentales. Ello sin perjuicio de que existan otros aspectos o razones que puedan llevar a que una persona sea discriminada por esa condición y que, por ende, merezca la misma protección constitucional reforzada.

15 Jorge Ernesto Roa Roa, “El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano”, en Paúl Córdova Vinuesa (coord.), *Jurisprudencia constitucional transformadora en Ecuador, Bolivia y Colombia*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022, pp. 231-253.

La categoría de sujetos de especial protección constitucional está integrada “por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva”.¹⁶ Algunos de los sujetos de especial protección constitucional son los niños, las niñas y los adolescentes,¹⁷ las mujeres embarazadas,¹⁸ las personas de la tercera edad,¹⁹ las personas en situación de discapacidad²⁰ y las personas en situación de desplazamiento.²¹

Este listado no es taxativo. Para el año 2000, en la jurisprudencia únicamente se hizo referencia a los “niños, personas de la tercera edad, disminuidos físicos, o mujeres cabeza de familia”²² como sujetos de especial protección constitucional. Sin embargo, el catálogo ha sido ampliado con posterioridad. En 2020 se incluyó a las personas que padecen enfermedades huérfanas,²³ y anteriormente, en 2018, se consideró como sujetos de especial protección a quienes cuentan con un diagnóstico de VIH o SIDA.²⁴

Los efectos de esta categoría son amplios. Por ejemplo, la legislación ha reconocido explícitamente la protección en materia de salud para estos sujetos.²⁵ La Corte también ha indicado que los requisitos para acceder a la acción de tutela deben ser más flexibles cuando se trata de discutir cierto tipo de pretensiones frente a ellos.²⁶ Como se indicará más adelante, se ha establecido también que estas personas pueden ser objeto de acciones afirmativas.²⁷

Desde una perspectiva comunitaria o colectiva, en el artículo 13 de la Constitución (inciso segundo), el constituyente dispuso un mandato de promoción a favor de los *grupos discriminados o marginados*. La Corte

16 CCC, sentencias T-167 de 2011, párr. 1.5; T-736 de 2013 y T-017 de 2021.

17 CCC, sentencias SU-225 de 1998, T-282 de 2008 y T-413 de 2020.

18 CCC, Sentencia T-075 de 2018.

19 CCC, Sentencia T-374 de 2022.

20 CCC, sentencias T-412 de 2023 y T-076 de 2024.

21 CCC, Sentencia T-025 de 2004.

22 *Idem*.

23 CCC, Sentencia T-413 de 2020.

24 CCC, Sentencia T-033 de 2018.

25 Ley 1751 de 2015 (art. 11).

26 CCC, Sentencia T-076 de 2024.

27 CCC, Sentencia T-989 de 2006.

Constitucional ha identificado que esos colectivos deben tener las siguientes tres características: en primer lugar, que en efecto se trate de un grupo social identificable; en segundo lugar, que se encuentre en una situación de subordinación prolongada; en tercer lugar, que su poder político esté severamente limitado por condiciones socioeconómicas, de clase o por un prejuicio de los demás.²⁸

Por otra parte, la Corte Constitucional ha hecho énfasis en que existe otra clasificación que remite a los grupos *oprimidos*. Esta se aplica cuando, además de las tres anteriores características, los integrantes del grupo también son explotados, sufren estereotipos como conjunto, son invisibilizados y sus miembros son objeto de violencia precisamente por ser parte de ese colectivo.²⁹ Por ejemplo, la Corte ha protegido a las personas que realizan las labores de reciclaje;³⁰ frente a ellas, se ha constatado que se satisfacen las características reseñadas porque:

... no es difícil comprender que los recicladores informales sobreviven en un ambiente físico y social hostil. Por un lado, tienen que enfrentar los múltiples estigmas sociales, que se generan por la simple asociación de una actividad, con elementos que la sociedad desecha. [...] el hecho de que los recicladores vivan y sobrevivan de los restos que para otros son inútiles, de lo que el otro desprecia, genera un problema, en términos de construcción de imaginarios sociales. La sociedad rechaza la basura y extiende dicho rechazo a quienes trabajan con ella. Por eso, predominan una serie de estereotipos que terminan por ubicar a los recicladores en lo más bajo de la sociedad y por generar una visión de que son molestos, huelen mal, suelen robar, entorpecen el tránsito, ensucian la ciudad. Los prejuicios en contra de los recicladores son de tal magnitud que se ha llegado hasta el punto de adelantar campañas de “limpieza social” para “deshacerse” de ellos.³¹

En un ejercicio de diálogo judicial multinivel, la Corte ha implementado los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para identificar a los grupos vulnerables.³² La Corte Constitucional ha indicado que la determinación de uno de estos grupos depende de los

28 CCC, Sentencia T-736 de 2015, párr. 31.

29 CCC, sentencias T-736 de 2015, párr. 31 y T-291 de 2009.

30 CCC, sentencias T-291 de 2009 y T-387 de 2012, y Auto 268 de 2010.

31 CCC, Sentencia T-291 de 2009, cap. 5.

32 CCC, Sentencia C-116 de 2021, párr. 92.

siguientes cinco factores: 1) el contexto en que se causa la desprotección; 2) el grado de exposición a un riesgo o limitación; 3) el nivel de afectación potencial o real en relación con una amenaza de conformidad con las características del grupo que la soporta; 4) la intensidad, frecuencia y duración de la amenaza o situación; y 5) la capacidad de reacción o de agencia del grupo.

En la Sentencia C-116 de 2021, la Corte acudió a esos criterios para decidir una demanda de inconstitucionalidad contra una norma que les reconocía a los veteranos de la fuerza pública la condición de población vulnerable. El tribunal consideró que la disposición demandada “atribuye una condición que comprende a un grupo de personas que, como tal, no ostenta la situación o la condición que justifica constitucionalmente la atribución de la calidad general de vulnerables. Como ha indicado la jurisprudencia de este tribunal, se trata de un *overinclusive statute* o clasificación demasiado amplia”.³³

Los grupos que la Corte ha identificado como discriminados o marginados —en ocasiones, también se han descrito como grupos vulnerables— son los siguientes:³⁴ los vendedores o trabajadores informales;³⁵ la población desplazada y víctima del conflicto armado;³⁶ la población rural³⁷ y campesina;³⁸ los jóvenes que han estado bajo el cuidado y la protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF);³⁹ los habitantes de calle;⁴⁰ las personas en situación de discapacidad;⁴¹ quienes han sido diagnosticados con VIH o sida;⁴² las personas de la tercera edad;⁴³ las personas privadas de la libertad en general,⁴⁴ y las mujeres⁴⁵

33 CCC, Sentencia C-116 de 2021, párr. 118.

34 *Ibid.*, párr. 87.

35 CCC, Sentencia T-701 de 2017.

36 CCC, Sentencia T-025 de 2004.

37 CCC, Sentencia C-623 de 2015.

38 CCC, sentencias C- 644 de 2012, C-077 de 2017 y C-028 de 2018.

39 CCC, Sentencia C-586 de 2014.

40 CCC, Sentencia C-385 de 2014.

41 CCC, Sentencia C-147 de 2017.

42 CCC, Sentencia T-522 de 2017.

43 CCC, Sentencia T-015 de 2019.

44 CCC, sentencias C-143 de 2015 y C-026 de 2016.

45 CCC, Sentencia T-267 de 2018.

y personas LGTBIQ+ privadas de la libertad específicamente;⁴⁶ las trabajadoras sexuales;⁴⁷ la población indígena;⁴⁸ los niños, niñas y adolescentes;⁴⁹ la niñez de la etnia Wayuu;⁵⁰ los pueblos ROM;⁵¹ la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal;⁵² las madres cabeza de familia;⁵³ los mineros tradicionales;⁵⁴ los damnificados y las víctimas de desastres;⁵⁵ las personas vinculadas al Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (Sisben);⁵⁶ las personas en vulnerabilidad socioeconómica;⁵⁷ los defensores de derechos humanos;⁵⁸ los trabajadores domésticos;⁵⁹ las personas beneficiarias del retén social;⁶⁰ los veteranos sobrevivientes de la guerra de Corea y Perú que se encuentren en indigencia;⁶¹ los recicladores;⁶² las personas LGTBIQ+ en general.⁶³

La Corte Constitucional también ha utilizado el concepto de *minoría*, estableciendo las diferencias entre los grupos de oposición y una minoría. Este último se basa en un criterio cuantitativo y aritmético respecto al resultado electoral. Según la Corte,

la determinación de quiénes son mayorías y quiénes son minorías dependerá, no de una disposición jurídica, sino de la voluntad soberana del pueblo, expresada directamente por medio de los mecanismos electorales; es decir, será la

46 CCC, sentencias T-288 de 2018 y T-060 de 2019.

47 CCC, sentencias T-594 de 2016 y T-629 de 2010.

48 CCC, Sentencia SU-217 de 2017.

49 CCC, Sentencia T-979 de 2001.

50 CCC, Sentencia T-302 de 2017.

51 CCC, Sentencia C-359 de 2013.

52 CCC, Sentencia C-295 de 2019.

53 CCC, Sentencia C-1039 de 2003.

54 CCC, Sentencia SU-133 de 2017.

55 CCC, Sentencia T-191 de 2011.

56 CCC, Sentencia T-307 de 1999.

57 CCC, Sentencia C-613 de 2013.

58 CCC sentencias C-577 de 2017 y SU-546 de 2023.

59 CCC, Sentencia C-871 de 2014.

60 CCC, sentencias T-084 de 2018 y SU-897 de 2012.

61 CCC, Sentencia C-1036 de 2003.

62 CCC, Sentencia T-291 de 2009.

63 CCC, Sentencia T-068 de 2021.

ciudadanía, a través de las votaciones, la que sentará las bases para clasificar a una determinada corriente política como minoritaria.⁶⁴

Sobre las minorías discretas o insulares, se indicó que este es un concepto que se les puede aplicar a los *grupos vulnerables*. En concreto, la Corte advirtió que se trata de grupos que

... carecen de la capacidad política o de la atención necesaria por parte de las autoridades. Las dimensiones de su debilidad pueden llevar a que el Estado no conozca su existencia (puntos ciegos), no se ocupe de su situación (cargas de inercia) o lo haga mediante medidas insuficientes que no superan las dimensiones estructurales que les sitúan en la vulnerabilidad.⁶⁵

De manera que tanto a nivel individual (sujetos de especial protección) como a nivel colectivo (grupos discriminados, maginados, minorías), existe una tradición constitucional que desarrolla las disposiciones normativas que integran la promesa constitucional a favor de la igualdad. Ahora corresponde examinar algunos de los efectos de esas categorías en el análisis específico de medidas que usan categorías sospechosas de discriminación o en el método para enjuiciar una norma potencialmente discriminatoria.

Las categorías sospechosas de discriminación: una lista que reconoce el reto de la desigualdad en expansión que se debe frenar mediante acciones afirmativas

El artículo 13 (inciso primero) de la Constitución estableció una lista de categorías sospechosas de discriminación. Bajo el esquema de la mayor parte de las constituciones contemporáneas –y con una clara influencia de la Constitución de España (art. 14)–,⁶⁶ el inciso primero de la Constitución de 1991 se refiere al sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión y las opiniones políticas o filosóficas.

La Constitución tuvo el cuidado de plasmar una fórmula que fuera lo suficientemente abierta como para reconocer que no todas las categorías sospechosas fueron identificadas en el momento originario de la Carta. Por

64 CCC, Sentencia C-169 de 2001, párr. 3.4.3.

65 CCC, Sentencia C-116 de 2021, párr. 103.

66 Constitución Política de España, “Artículo 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

esa razón, la Corte Constitucional no tardó en indicar que se trata de una lista abierta y que la enumeración de la Constitución no excluye otras razones sospechosas para integrar causas muy amplias dentro de algunas de las categorías expresamente establecidas en ella. Específicamente, la Corte ha indicado que “estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos”.⁶⁷

La jurisprudencia constitucional ha mantenido que, más allá de las categorías que fueron expresamente reconocidas en el artículo 13, los criterios sospechosos de discriminación tienen tres características.⁶⁸ Por una parte, estos se fundan en los rasgos de los cuales las personas no pueden prescindir voluntariamente sin perder su identidad. En segundo lugar, se trata de sujetos que han sido tradicionalmente menospreciados por los patrones de valoración cultural. Finalmente, no son criterios con base en los cuales se pueda realizar, en principio, una “distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales”.⁶⁹

Los criterios sospechosos de discriminación también permiten determinar cuándo ocurre una discriminación con efectos nocivos. La Corte Constitucional ha indicado que se deben verificar cuatro elementos para identificar la nocividad por discriminación de un acto. En primer lugar, esta se debe fundar en un criterio sospechoso de discriminación; en segundo lugar, esa decisión no está justificada en un fin constitucionalmente imperioso; en tercer lugar, aquella produce un trato desigual entre las personas; finalmente, con esa acción o decisión se configura un perjuicio.⁷⁰ Ese precedente fue aplicado por la Corte cuando revisó el caso del propietario de un bar que recriminó a una pareja del mismo sexo por tomarse de la mano. La Corte evaluó los elementos antes descritos y sostuvo:

... en este caso está acreditada la discriminación sufrida por la accionante por su orientación sexual diversa, pues la actuación del administrador estuvo motivada por dicha condición, criterio que esta Corporación ha considerado

67 CCC, sentencias C-371 de 2000 y T-804 de 2014.

68 CCC, sentencias C-410 de 1994, C-481 de 1998, C-371 del 2000 y T-077 de 2016.

69 *Idem*.

70 CCC, sentencias T-909 de 2011, T-030 de 2019 y T-335 de 2019.

como sospechoso, además carece de toda justificación pues con la misma no se buscó alcanzar un fin constitucionalmente imperioso y, por el contrario, el reproche a las manifestaciones de afecto de la pareja diversa constituyó una vulneración a los derechos fundamentales [...], produjo un trato desigual, puesto que el análisis del material probatorio que obra en el expediente, permite concluir que el dependiente no realizó ese mismo llamado de atención a otras parejas de condición heterosexual y finalmente, configuró un perjuicio, en el ejercicio de los garantías superiores enunciadas en el amparo, particularmente, porque fueron increpadas por las expresiones de afecto mutuas, lo anterior, generó su retiro del lugar, y además, el demandado condicionó su entrada al hecho de que [...] sepan comportarse.⁷¹

La existencia de los criterios sospechosos de discriminación implica que estos no se pueden usar para la distribución negativa de bienes, derechos o cargas sociales. Sin embargo, esas mismas categorías son útiles cuando se trata de la adopción de medidas a favor de estos grupos. Por ejemplo, mediante las acciones afirmativas. Estas parten de la idea según la cual en la sociedad “nadie debería sufrir por ser miembro de un grupo al que se considera menos digno de respeto, en tanto grupo, que otros”.⁷² Para garantizar la igualdad, el sistema social debe asegurar que “los que tienen el mismo nivel de talento y habilidad y la misma disposición a hacer uso de esos dones deberían tener las mismas perspectivas de éxito independientemente de su clase social de origen, la clase en la que han nacido y crecido hasta la edad de la razón”.⁷³

La Corte Constitucional ha aplicado esta perspectiva. Por ello, el tribunal ha considerado que las acciones afirmativas son “las políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación”.⁷⁴ Estas se pueden derivar del mandato expreso del artículo 13 de la Constitución frente a los grupos marginados o discriminados.

71 CCC, Sentencia T-355 de 2019, párr. 52.

72 Ronald Dworkin, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 373.

73 John Rawls, *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 74.

74 CCC, sentencias C-371 de 2000 y T-115 de 2022.

También se pueden fundar en las disposiciones constitucionales de los artículos 43 (mujeres), 44 (niños), 45 (adolescentes), 46 (personas de la tercera edad) o 47 (personas en situación de discapacidad).⁷⁵ La Corte ha distinguido entre tres tipos de acciones afirmativas (tabla 1).

Tabla 1. Tipos de acciones afirmativas

TIPO DE ACCIÓN	OBJETIVO	EJEMPLOS
ACCIONES DE CONCIENTIZACIÓN	Buscan sensibilizar a la sociedad respecto de un problema. ⁷⁶	Se incluyen las campañas publicitarias para la prevención del cáncer de mama o las órdenes a los diferentes funcionarios para que acudan a los cursos de formación en derechos humanos. ⁷⁷
ACCIONES DE PROMOCIÓN Y FACILITACIÓN	La Corte las define como “los apoyos económicos, las becas o los subsidios”. ⁷⁸	Algunos ejemplos son el programa Generación E, que busca garantizar apoyo económico para los estudiantes que tienen un buen puntaje en las pruebas estatales; o el subsidio de vivienda para la población desplazada.
ACCIONES DE DISCRIMINACIÓN INVERSA O POSITIVA	Parten de los criterios sospechosos de discriminación y “se producen ante una situación de especial escasez de bienes deseados, [...] lo que implica que el beneficio que se brinda a ciertas personas tiene como contrapartida el perjuicio de otras”. ⁷⁹	Las cuotas en las universidades para los grupos vulnerables ⁸⁰ o la priorización de los sujetos de especial protección para recibir indemnizaciones en el marco del conflicto armado antes que otras víctimas. ⁸¹ En oposición al segundo tipo, en estos eventos, la priorización de un grupo disminuye los recursos disponibles para la mayoría o los grupos <i>no calificados</i> .

Fuente: elaboración propia.

75 CCC, Sentencia T-115 de 2022, párr. 93.
76 CCC, sentencias T-115 de 2022, párr. 92 y T-500 de 2002.
77 CCC, Sentencia T-412 de 2023.
78 CCC, sentencias C-371 de 2000 y C-964 de 2003.
79 CCC, sentencias C-371 de 2000 y C-293 de 2010.
80 CCC, Sentencia T-110 de 2010.
81 CCC, Sentencia T-377 de 2022.

Esta descripción de las características y el uso que la Corte ha dado a los criterios sospechosos de discriminación permite mostrar la importancia de estas figuras. Estas se han convertido en una herramienta de diagnóstico que permite identificar los casos graves de discriminación, y en un marco a partir del cual enfocar las acciones para garantizar la igualdad material. Es una muestra de categorías conceptuales que impactan de manera efectiva la realidad. Ahora corresponde mostrar la trascendencia de esas categorías en el juicio de igualdad que realiza la Corte para determinar si una medida es compatible o no con la prohibición de discriminación. Asimismo, se analizarán los efectos de estas categorías en las cargas probatorias sobre la razonabilidad de una medida que establece tratos diferenciados.

***El impacto en el juicio de proporcionalidad:
las diferentes intensidades (intermedia y estricta) del juicio
integrado de igualdad***

La Corte Constitucional ha utilizado el juicio de proporcionalidad desde el año 1996.⁸² Incluso, esa primera utilización ocurrió en un caso relacionado con el derecho a la igualdad. En esa ocasión, la Corte declaró inconstitucional una ley que creaba un beneficio para los jóvenes que habían prestado el servicio militar obligatorio. Esa norma disponía que ese grupo recibiría un puntaje adicional (10%) en las pruebas nacionales de selectividad educativa para el ingreso a las universidades. En esa oportunidad, el tribunal concluyó que “la norma acusada establece una diferenciación irrazonable en las oportunidades de acceso a la educación superior, en detrimento de personas que no prestaron el servicio militar y que, teniendo méritos académicos para continuar sus estudios en su etapa superior, se pueden ver desplazados por los beneficiarios del privilegio otorgado por la norma demandada”.⁸³

Desde esa primera decisión, la Corte ha sostenido que “la Constitución no prohíbe de manera categórica las desigualdades de trato, lo que implica que algunas medidas que produzcan asimetrías pueden ser consideradas constitucionales”,⁸⁴ y otras deben ser expulsadas del sistema jurídico. Se

82 Juan Jacobo Calderón, “Robert Alexy, la Corte Constitucional y los desafíos a la optimización: entre democracia y derechos”, *Teorías contemporáneas del Derecho*, Bogotá, Legis, 2022, pp. 209-240.

83 CCC, Sentencia C-022 de 1996.

84 CCC, Sentencia C-345 de 2019, párr. 21.

requiere un instrumento metodológico para evaluar la legitimidad constitucional de los tratos diferenciados con el fin de adoptar una sentencia de constitucionalidad o de inconstitucionalidad. En Colombia, esa herramienta es el juicio integrado de igualdad o test de igualdad.

En efecto, el juicio integrado de igualdad ha sido la fórmula utilizada por la Corte Constitucional para evaluar la legitimidad de los tratos diferenciados y potencialmente discriminatorios.⁸⁵ Se denomina integrado porque combina los elementos metodológicos del test de razonabilidad que suele aplicar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH),⁸⁶ con la gradación de diferentes intensidades que es propia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.⁸⁷

El punto de partida de ese juicio integrado es que se aplican los elementos del test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), pero con tres niveles de escrutinio diferentes (leve, intermedio y estricto). Esa intensidad diferenciada obedece al “nivel de libertad de configuración que tiene el legislador, lo cual dependerá de la naturaleza y la materia de la norma objeto de control de constitucionalidad”.⁸⁸

La utilización de las categorías sospechosas de discriminación o la adopción de medidas que pueden ser desfavorables para los grupos históricamente discriminados o marginados tiene una consecuencia directa en la metodología para enjuiciar la validez constitucional de esas provisiones. En concreto, habría un doble impacto en el juicio específico de proporcionalidad que la Corte Constitucional realiza para evaluar si un trato diferenciado es legítimo o no.

*El juicio integrado de igualdad leve:
la irrelevancia de las categorías sospechosas
y los problemas propios de ese escrutinio deferente*

En primer lugar, es importante advertir que la presencia de categorías sospechosas de discriminación no es relevante cuando se trata del juicio de intensidad leve. Esta sería la gradación del juicio más deferente con el legislador. Los fundamentos para elegir este escrutinio son la presunción de

85 CCC, sentencias C-093 de 2001, C-673 de 2001, C-624 de 2008, C-313 de 2013, C-601 de 2015, C-220 de 2017, C-389 de 2017 y C-535 de 2017.

86 CCC, Sentencia C-022 de 1996.

87 CCC, Sentencia C-445 de 1995.

88 CCC, Sentencia C-345 de 2019, párr. 21.

constitucionalidad que juega a favor de las leyes, el principio democrático y la identificación de una serie de materias sobre las cuales la Constitución le confirió un amplio margen de discrecionalidad al Congreso.⁸⁹

Entre muchas otras materias, este nivel de juicio sería aplicable cuando se trata de normas sobre aspectos económicos o tributarios, las relaciones internacionales y la política internacional, o en cualquier otro caso en el que exista “una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional”.⁹⁰ La Corte ha indicado que este nivel bajo de rigor es la regla general. Cuando se usa esa intensidad baja, el tribunal se limita a verificar que el objetivo que se persigue con la medida no esté prohibido por la Constitución y que el medio elegido sea potencialmente idóneo para obtener esa finalidad.

Este primer nivel de escrutinio no es relevante cuando concurren categorías sospechosas de discriminación. Sin embargo, ello no quiere decir que el test leve de igualdad esté exento de problemas. Por ejemplo, no es claro que se deba aplicar un juicio de intensidad débil en todos los procesos en los que exista una competencia constitucional de regulación a favor del Congreso. Si ello fuera así, esa regla general debería ser aplicable en todos los casos y no habría excepciones. Quizá la única excepción ocurriría cuando la norma objeto de escrutinio hubiese sido aprobada por una autoridad diferente de aquella que estaba facultada por la Constitución. Se trataría de un caso de inconstitucionalidad de la norma por falta de competencia de la autoridad que la profirió, más que de una cuestión de igualdad o no discriminación.

La existencia de una competencia expresa en la Constitución a favor del Congreso no es un buen parámetro para definir el nivel de intensidad del juicio de igualdad. O bien ocurre que esa causal deja sin sentido las otras intensidades del juicio, o las causales para aumentar el nivel del escrutinio dejan sin efecto útil la causal competencial para elegir la intensidad débil. Lo más frecuente es que el tribunal se enfrente a casos en los que la autoridad que profirió la norma que establece un trato discriminatorio era claramente competente. Sin embargo, la Corte debió aumentar la

89 CCC, Sentencia C-673 de 2001, párr. 7.2. En concreto, la Corte sostuvo que “la intensidad leve como punto de partida del test de razonabilidad tiene como fundamento el principio democrático, así como la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas”.

90 CCC, Sentencia C-345 de 2019, párr. 21.

intensidad del juicio debido a otros criterios en clara inaplicación de la tesis de la competencia como mecanismo para debilitar el juicio. También puede ocurrir que la norma haya sido aprobada por la autoridad expresamente facultada por la Constitución para hacerlo, se refiera a materias económicas, tributarias o de relaciones internacionales y, aun así, el juicio deba ser más exigente por la presencia de criterios propios de los test intermedio o estricto. Nuevamente, los supuestos para un juicio débil habrían quedado sin efecto.

El mismo problema se presenta cuando concurren los criterios para que un test sea leve (competencia expresa para expedir la regulación) con elementos propios de la intensidad más alta o fuerte. En esos casos, el juez constitucional se enfrenta a la necesidad de decidir si les confiere prevalencia a las razones que justifican el test débil (principio democrático, competencia expresa o presunción de constitucionalidad) o aquellas que imponen un test intenso o estricto. ¿Qué debe hacer el tribunal cuando existe ese solapamiento entre intensidades leves y estrictas? Desde luego, una salida inteligente es encontrar un equilibrio y optar por un test intermedio, sin que sea muy claro por qué el punto medio es lo que debe prevalecer en esos casos.

La opción a favor del test intermedio cuando concurren causales para un juicio leve y uno estricto ha sido aplicada por la Corte. Así ha procedido el tribunal al indicar: “la asignación expresa de facultades no es el único criterio que determina la profundidad de este escrutinio en los procesos de control de constitucionalidad”.⁹¹ Por ello, “la Corte ha aplicado el test de nivel intermedio cuando se trata de aquellas materias en las que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración, pero cuyas medidas deben respetar unos principios y límites constitucionales expresos”.⁹² De manera que, “cuando la Corte ha encontrado razones tanto para aplicar un juicio de intensidad leve (amplia potestad de configuración) como para realizar un juicio estricto (creación de un eventual privilegio), el tribunal ha optado por ‘armonizar estos dos postulados a partir del juicio de proporcionalidad de intensidad intermedia’”.⁹³

Además, la invocación de los principios democrático, de conservación del derecho y de presunción de constitucionalidad de las leyes deja la sensación de que, cuando se aumenta el nivel de intensidad, esos principios

91 CCC, Sentencia C-154 de 2023, párr. 70.

92 *Ibid.*, párr. 71.

93 CCC, Sentencia C-414 de 2022, párr. 151.

desaparecen del juicio de igualdad. Lo que en realidad ocurre es que esos principios se mantienen presentes en todo el escrutinio de constitucionalidad, salvo cuando se trata de normas que afectan negativamente a las personas que se encuentran en grupos vulnerables, discriminados o que corresponden con las categorías sospechosas de discriminación.

El impacto de las categorías sospechosas en las intensidades intermedia y estricta del juicio de igualdad: la favorabilidad o el perjuicio de la medida como criterio orientador

El impacto de las categorías sospechosas ocurre en los test de igualdad de intensidad intermedia y estricta. Por una parte, se aplica el test de igualdad de intensidad intermedia cuando se usa un criterio sospechoso para establecer una medida diferenciadora de carácter positivo o favorable (i. e. acciones afirmativas).⁹⁴ En esos casos, se deben verificar tres aspectos. Primero, que el fin sea constitucionalmente importante; segundo, que la medida elegida sea efectivamente conducente para alcanzar ese objetivo, y, tercero, que ese medio no sea evidentemente desproporcionado.

Por el contrario, se usa el juicio de intensidad estricta cuando la medida no es positiva y utiliza uno de los criterios o categorías sospechosas de discriminación en un sentido negativo.⁹⁵ También, cuando la norma puede impactar negativamente a las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta o afecta a los grupos marginados o discriminados. Esta intensidad rigurosa del juicio de igualdad impone que el fin perseguido no solo sea permitido o importante, sino que resulte imperioso. Es decir,

94 “Esta intensidad del juicio se aplica ‘1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia’. Asimismo, se aplica en los casos en que existen normas basadas en criterios sospechosos pero con el fin de favorecer a grupos históricamente discriminados. Se trata de casos en los que se establecen acciones afirmativas, tales como las medidas que utilizan un criterio de género o raza para promover el acceso de la mujer a la política o de las minorías étnicas a la educación superior”. CCC, Sentencia C-345 de 2019, párr. 19.

95 “Esta modalidad de escrutinio se aplica a hipótesis en las que la misma Constitución señala mandatos específicos de igualdad, lo que se traduce en una menor libertad de configuración del Legislador y, por consiguiente, en un juicio de constitucionalidad más riguroso. De esta forma, la Corte Constitucional ha aplicado el escrutinio estricto o fuerte cuando la medida (i) contiene una clasificación sospechosa como las enumeradas no taxativamente en el inciso 1° del artículo 13 de la Constitución; (ii) afecta a personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos discriminados o marginados; (iii) en principio, impacta gravemente un derecho fundamental; o (iv) crea un privilegio”. CCC, Sentencia C-345 de 2019, párr. 20.

Tabla 2. Test de igualdad

INTENSIDAD	SUPUESTOS DE APLICACIÓN	ELEMENTOS DEL ESCRUTINIO	RELEVANCIA DE LOS CRITERIOS O CATEGORÍAS SOSPECHOSAS
LEVE	• Materias económicas y tributarias. • Política internacional. • Existe competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional. • Se examina una norma preconstitucional derogada que aún produce efectos. • No se aprecia, en principio, una amenaza para el derecho en cuestión.	• La finalidad y el medio utilizado no son prohibidos por la Constitución. • El medio debe ser idóneo o adecuado para alcanzar el fin propuesto.	No son relevantes.
INTERMEDIA	• La medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental. • Existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. • Normas basadas en criterios sospechosos, pero con el fin de favorecer a grupos históricamente discriminados.	• Fin u objetivo constitucionalmente importante. • El medio para lograrlo es efectivamente conducente. • La medida no es evidentemente desproporcionada.	Son relevantes cuando la medida les favorece.
ESTRICTA	• La medida contiene una clasificación sospechosa como las enumeradas no taxativamente en el primer inciso del artículo 13 de la Constitución. • Afecta a personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos discriminados o marginados. • Impacta gravemente un derecho fundamental. • Crea un privilegio.	• El fin perseguido por la norma es imperioso. • El medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario (no se puede sustituir por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos pasivos de la norma). • Los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto.	Son relevantes cuando la medida les perjudica.

Fuente: elaboración propia.

que sea de aquellos que el Estado no puede dejar de buscar. Además, el medio elegido debe ser necesario e insustituible (conducencia). Ello implica que tiene una idoneidad probada de manera que no existen otros medios menos lesivos para quienes pueden resultar afectados por el trato diferenciado. Finalmente, se examina “si los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto” (tabla 2).⁹⁶

El impacto en las cargas probatorias: se invierte la carga de la prueba cuando existen indicios de discriminación

El segundo impacto recae sobre las cargas probatorias. Este efecto no está desconectado del impacto sobre el juicio de proporcionalidad. En cierta medida, una disposición que establece un trato negativo con base en una categoría sospechosa de discriminación implica una cierta carga probatoria dinámica que traslada fuertes deberes argumentativos para la autoridad que estableció el trato diferenciado lesivo. La presunción de constitucionalidad tiende a desaparecer o perder efecto útil cuando se trata de este tipo de medidas. Por ello, la Corte también ha señalado que la carga probatoria se invierte cuando ocurren actuaciones que afectan a las personas que pertenecen a los grupos marginados, o cuando hay un indicio de que ese tratamiento diferenciado esconde una discriminación sospechosa. Los siguientes casos ilustran adecuadamente este impacto.

En primer lugar, la garantía de estabilidad laboral reforzada es una protección para los trabajadores que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta por razones de salud, embarazo, licencia de maternidad, entre otros. La Corte ha sostenido que, para “proteger a la persona en situación de discapacidad, se presume que el despido se dio por causa de esta. Sin embargo, esta es una presunción que puede desvirtuarse pues la carga de la prueba le corresponde al empleador, para mostrar que el despido obedece a una justa causa”.⁹⁷ De este modo, no se le exige al trabajador protegido que demuestre cómo fue discriminado, sino que el empleador debe demostrar que actuó con base en criterios objetivos y razonables.

96 *Ibid.*, párr. 20.

97 CCC, Sentencia SU-087 de 2022, párr. 35.iii.

En segundo lugar, como se indicó previamente, la Corte ha establecido cuatro criterios para identificar una discriminación.⁹⁸ Al evaluar estos parámetros, el tribunal ha sostenido que se debe aplicar una carga dinámica de la prueba. Esta última es definida como un

... instrumento procesal que traslada la obligación de probar la ausencia de discriminación a quien pretende realizar un trato diferenciado y no a quien alega la vulneración del derecho a la igualdad, pues el primero se encuentra en una posición de superioridad, lo que privilegia su capacidad para aportar los medios probatorios necesarios para asumir su defensa judicial.⁹⁹

Además, la Corte ha considerado que “en los escenarios de discriminación se debe invertir la carga de la prueba, en concreto cuando la persona que alega el trato discriminatorio lo padeció con base en una categoría sospechosa o está en situación de sujeción o indefensión”.¹⁰⁰

La Corte ha aplicado esta carga probatoria invertida en los casos de discriminación racial,¹⁰¹ ante despidos de personas con VIH,¹⁰² o en las convocatorias a cargos en las que participaron personas con VIH.¹⁰³ En la Sentencia T-031 de 2021, la Corte revisó una acción de tutela presentada por un ciudadano que fue suspendido en un proceso de selección el mismo día que informó que tenía un diagnóstico de VIH. La empresa sostuvo que había contratado a otra candidata; una mujer que se ajustaba mejor al perfil requerido. Sin embargo, la Corte encontró que la compañía “no acreditó que la mujer por la cual optó estuviera en el proceso de selección inicial, sino que se trató de una vinculación posterior, hecho que no desdibuja la presunción de discriminación por VIH que opera a favor del actor”.¹⁰⁴

En tercer lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre el enfoque de género que

98 Ver apartado “Las categorías sospechosas de discriminación: una lista que reconoce el reto de la desigualdad en expansión que se debe frenar mediante acciones afirmativas”, p. 102 en este capítulo.

99 CCC, sentencias T-335 de 2019, párr. 39 y T-031 de 2021.

100 CCC, sentencias T-457 de 2023, párr. 147; T-572 de 2017, T-033 de 2018 y T-031 de 2021.

101 CCC, Sentencia T-572 de 2017.

102 CCC, Sentencia T-033 de 2018.

103 CCC, Sentencia T-031 de 2021.

104 *Idem*.

deben adoptar las autoridades para atender los casos de violencia contra la mujer. En materia probatoria, la Corte ha sostenido que los jueces deben “analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial” y “flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes”.¹⁰⁵

En cuarto lugar, se encuentran dos casos relevantes que fueron decididos en dos sentencias de la primera década del siglo XXI.¹⁰⁶ En estos, la Corte revisó dos acciones de tutela en las cuales se discutía si unas discotecas habían incurrido en discriminación racial contra dos personas a quienes no se les permitió el ingreso al recinto debido al color de su piel. En ambos casos, las pruebas eran esencialmente testimoniales. De manera que era la palabra de los accionantes contra la del establecimiento de comercio. Este último siempre sostuvo que no les permitió el ingreso porque los recintos se encontraban llenos. En el primer caso, el juez de instancia descartó los testimonios de la accionante y sus amigas por considerarlos *testimonios sospechosos*. La Corte reprochó esta valoración e indicó que “conforme a las reglas de la sana crítica, era deber del juez entrar a valorar cada una de ellas y no negarse a hacerlo con base en la relación de amistad que tienen con la demandante”.¹⁰⁷ Teniendo en cuenta estos testimonios, en ambos procesos la Corte encontró que las discotecas no lograron demostrar que la negativa se debiera a la ocupación del local, sino que se evidenciaba que la prohibición de ingreso respondía a una discriminación.

En una línea similar, la Corte ha sostenido que, ante casos de discriminación, los deberes officiosos del juez se incrementan. Al resolver una serie de casos de discriminación por la apariencia física sostuvo que “la carga de la prueba se atenúa con respecto a quien alega la discriminación, por lo que el juez constitucional está obligado a desplegar una copiosa actividad probatoria con el fin de determinar si se trata de un caso de discriminación”.¹⁰⁸

105 CCC, sentencias T-267 de 2023, párr. 6.8 y T-878 de 2014.

106 CCC, sentencias T-1090 de 2005 y T-131 de 2006.

107 CCC, Sentencia T-1090 de 2005, párr. 7.2.

108 CCC, Sentencia T-564 de 2016, párr. 64.

El anterior recuento permite evidenciar el impacto de la prohibición de no discriminación en las cargas probatorias. Se trata de los efectos procesales concretos que recaen en diversas aristas del derecho constitucional y del efecto de irradiación de los derechos fundamentales en la garantía de la estabilidad laboral reforzada, en la lucha contra la discriminación racial, o en otros ámbitos en los cuales un indicio de discriminación puede invertir la carga probatoria.¹⁰⁹

La eliminación de la discriminación estructural: la promesa constitucional incumplida y la esperanza de avances multinivel

Las anteriores categorías (i. e. criterios sospechosos, grupos vulnerables) transmiten la idea de que la discriminación es concreta, acotada y puntual o, como mucho, colectiva. Sin embargo, en Colombia existen varios ámbitos en los que la desigualdad es tan acuciante que resulta estructural. Por esa razón, la Corte Constitucional ha utilizado la noción de discriminación estructural en diferentes oportunidades. En palabras del tribunal, esta implica “que los actos y escenarios de discriminación en contra de grupos específicos no [son] aleatori[os] o circunstancial[es], sino que corresponde[n] a unos patrones que se han venido repitiendo en el tiempo, causando la consolidación de barreras que impiden o dificultan el goce de los derechos por parte de esa comunidad”.¹¹⁰ Igualmente, la Corte ha sostenido que esos patrones se naturalizan e invisibilizan, lo que dificulta su confrontación.¹¹¹ Además, el tribunal ha indicado que este tipo de discriminaciones “siguen inmersas en las culturas dominantes de los distintos pueblos, comunidades y grupos sociales que habitan Colombia. Patrones clasistas, sexistas o racistas, persisten en las estructuras jurídicas, sociales e institucionales, en ocasiones tan íntimamente vinculadas a las prácticas cotidianas, que simplemente se vuelven invisibles. Son discriminaciones estructurales que simplemente no se ven”.¹¹²

Los casos más emblemáticos de discriminación estructural que han sido identificados por la Corte son cuatro. En primer lugar, el tribunal estableció

109 CCC, Sentencia T-357 de 2022, párr. 88.

110 CCC, Sentencia T-376 de 2019, párr. 7.3.

111 CCC, Sentencia T-141 de 2017.

112 CCC, Sentencia T-691 de 2012, párr. 3.1.2.

que existe discriminación estructural que afecta a las personas en situación de discapacidad; el tribunal aludió a la necesidad de visibilizar ese estado de cosas y concientizar a la sociedad.¹¹³ En segundo lugar, hay una situación de discriminación debido al impacto diferenciado del conflicto armado en las mujeres.¹¹⁴ Actualmente, el tribunal ha sostenido que la discriminación de género no solo deviene del conflicto armado, sino de “diferentes formas de violencia, unas evidentes y otras silenciosas, [que] han afectado su desarrollo en la vida pública y privada, en el trabajo y en la familia”.¹¹⁵

En tercer lugar, la Corte ha sostenido que existe discriminación estructural respecto de la población afrocolombiana. Desde la década de los noventa, la Corte consideró que “la discriminación aplicada a un grupo se expresa a través de la invisibilidad que los miembros de este adquieren para el grupo dominante y que explica que se puedan negar hechos que son públicos y notorios”.¹¹⁶ En cuarto lugar, el tribunal ha constatado que las personas LGTBQ+ también han sufrido discriminación estructural. En concreto, ha señalado que ante

... la coincidencia de criterios frente a la situación generalizada de desigualdad y tratamiento diferenciado arbitrario en contra de la población LGBTI, no hay duda alguna sobre el carácter estructural de la discriminación que atraviesan los miembros de esta, debido a la preponderancia contextual de patrones sexistas y estándares de normalización que tienden a invisibilizar la problemática de la desprotección.¹¹⁷

Para construir esa noción de discriminación estructural la Corte ha utilizado los criterios del derecho internacional de los derechos humanos. En especial, el tribunal ha dialogado con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) para establecer las dificultades de acceso al sistema de salud de la población en situación de discapacidad.¹¹⁸ También ha acudido a los estándares de la Convención Belém do Pará y de la Corte IDH para reconocer la necesidad de aplicar el enfoque de

113 CCC, Sentencia T-397 de 2004, párr. 5.3.3.5.

114 CCC, Auto 092 de 2008 y Sentencia T-496 de 2008.

115 CCC, Sentencia T-357 de 2022, párr. 23.

116 CCC, Sentencia T-422 de 1996, párr. 6.

117 CCC, sentencias T-376 de 2019, párr. 7.4 y T-141 de 2017.

118 CCC, Sentencia T-412 de 2023.

género en los procesos judiciales.¹¹⁹ Igualmente, al revisar un caso de discriminación contra mujeres futbolistas,¹²⁰ se realizó un amplio recuento de los diferentes instrumentos interamericanos que se han pronunciado frente a la discriminación de las mujeres. El tribunal se refirió al capítulo cuatro del informe de 2001 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y a las sentencias de los casos *Campo Algodonero vs. México*, *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México* y *Favela Nova Brasília vs. Brasil* de la Corte IDH.

Igualmente, en materia de protección a las personas LGTBQ+, la Corte se ha referido a la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia y a los informes de la CIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la materia. Por ejemplo, en la Sentencia T-236 de 2023, se revisó un caso de discriminación en contra de una trabajadora trans a quien se le llamaba por su nombre no identitario.¹²¹ La Corte acudió a los estándares fijados en los informes *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América* y *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas* de la CIDH y a la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH.

Por último, para los casos de discriminación racial se ha invocado la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia.¹²² Asimismo, al revisar un caso de infrarrepresentación de las comunidades afrocolombianas en el censo nacional,¹²³ la Corte acudió a los informes *Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las personas afrodescendientes: estándares interamericanos para la prevención, combate y erradicación de la discriminación racial estructural* y *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales* de la CIDH.

Los remedios individuales son claramente insuficientes frente a los fenómenos de discriminación estructural. En muchos casos, esa forma de remedio concreto puede crear privilegios dentro de grupos discriminados o tensiones internas dentro de grupos vulnerables. Por esa razón, el remedio judicial frente a casos de discriminación estructural debe estar en el mismo nivel de

119 CCC, Sentencia SU-080 de 2020.

120 CCC, Sentencia T-212 de 2021.

121 CCC, Sentencia T-236 de 2023.

122 CCC, Sentencia T-457 de 2023.

123 CCC, Sentencia T-276 de 2022.

complejidad para que la intervención judicial sea realmente eficaz y tenga un impacto transformador.¹²⁴ De allí que la jurisprudencia constitucional de Colombia haya sido pionera en el uso latinoamericano de las sentencias estructurales y la declaratoria de estados de cosas inconstitucionales (ECI).

Las sentencias estructurales: intervenciones judiciales transformadoras para reducir la infraaplicación de la Constitución

En Colombia existe un modelo predominante de constitucionalismo fuerte.¹²⁵ Este es proclive a la existencia de decisiones judiciales, como las denominadas sentencias integradoras y las sentencias estructurales. Las integradoras pretenden remediar la inacción del legislador (i. e. omisiones legislativas) mediante la integración normativa del ordenamiento. Las estructurales buscan la superación de las situaciones de violación de los derechos fundamentales mediante órdenes de tipo complejo que incluyen prestaciones de hacer (e. g. legislar) o dar (e. g. entregar un subsidio o ayuda humanitaria) y combinan objetivos de corto, mediano y largo plazo.¹²⁶

Las sentencias estructurales profundizan la fórmula del constitucionalismo fuerte porque implican la intervención del juez constitucional en una situación de vulneración sistemática de los derechos fundamentales. Esa situación puede tener origen en la inacción del legislador provocada por un bloqueo institucional, la ausencia de consenso político, el desinterés por legislar sobre la materia o la resistencia a asumir el costo político de tomar decisiones que dividen a la opinión pública.¹²⁷ La Corte Constitu-

124 Jorge Ernesto Roa Roa, “O papel do juiz constitucional no constitucionalismo transformador latino-americano”, en Ana Olsen, Melina Fachin y Patricia Mello, *Diálogos Constitucionais Transformadores*, Brasília, Lumen Juris, 2022, pp. 99-114.

125 Jorge Ernesto Roa Roa, “El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad de la justicia constitucional en Colombia”, en Magdalena Correa Henao y Paula Robledo Silva, *Diseño institucional del Estado democrático en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 113-136.

126 Jorge Ernesto Roa Roa, *Control de Constitucionalidad Deliberativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 467.

127 Los casos prototípicos de sentencias estructurales en el constitucionalismo colombiano son: CCC, sentencias T-025 de 2004 (atención a la población en situación de desplazamiento) y T-760 de 2008 (derecho a la salud). Un análisis de estas decisiones en César Rodríguez Garavito (coord.), *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento armado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010, pp. 7-760, y César Rodríguez Garavito, “La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones”, en Óscar Bernal y Catalina

cional ha proferido sentencias estructurales en casos como el hacinamiento carcelario,¹²⁸ la provisión de agua a comunidades en la costa Caribe,¹²⁹ la afectación a las comunidades étnicas por la construcción de proyectos hidroeléctricos,¹³⁰ la atención en salud¹³¹ y la satisfacción de los derechos de la población desplazada.¹³²

Entre otros elementos, las decisiones estructurales contienen órdenes concretas para superar la vulneración sistemática de los derechos fundamentales, dentro de las cuales se incluyen orientaciones para la elaboración de las políticas públicas.¹³³ En una visión negativa, estos parámetros limitan el margen de acción de la administración y del Congreso, mientras que, en una visión positiva, les orientan en la resolución de problemas con altos niveles de complejidad.¹³⁴ Una nota esencial de este tipo de sentencias es que tienen unos efectos transformadores sobre las estructuras burocráticas o administrativas que resultaban ineficientes para la garantía efectiva de los derechos.¹³⁵ Por esa razón, muchas decisiones que se denominan estructurales, en realidad, solo son potenciales casos de intervención estructural de la judicatura que no han logrado los impactos transformadores esperados.

Por su parte, el estado de cosas inconstitucional (ECI) se refiere a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de acuerdo con la cual existen situaciones de vulneración masiva y generalizada de los derechos que generan un problema social cuyas víctimas podrían acudir de manera individual al mecanismo de acción de tutela para obtener la protección de sus derechos. En estos casos, la violación de los derechos constitucionales es producto de la omisión prolongada de las autoridades respecto del cumplimiento de sus obligaciones, de la existencia de prácticas contrarias a la

Gutiérrez, *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012, pp. 507-560.

128 CCC, sentencias T-153 de 1998 y SU-122 de 2022.

129 CCC, Sentencia T-012 de 2019.

130 CCC, Sentencia T-462A de 2014.

131 CCC, Sentencia T-760 de 2008.

132 CCC, Sentencia T-025 de 2004.

133 Víctor Bazán (ed.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, p. 93.

134 César Rodríguez Garavito, "Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America", *Texas Law Review*, v. 89, 2010, pp. 1669-1698.

135 Owen Fiss, "The forms of justice", *Harvard Law Review*, v. 93, n.º 1, 1979, pp. 17-44.

Constitución, de la ausencia de medidas legislativas y administrativas o de la incorrecta disposición presupuestal.¹³⁶

El ECI requiere un pronunciamiento judicial que, generalmente, se hace mediante una sentencia estructural.¹³⁷ En efecto, la superación de estas situaciones adversas a los valores públicos de la Constitución implica medidas complejas, coordinación entre las diferentes autoridades y la disposición de recursos. El propio tribunal decide cuándo se ha superado un ECI.¹³⁸

La Corte Constitucional de Colombia ha declarado un ECI, *inter alia*, en los siguientes casos: la afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio,¹³⁹ la mora en la resolución de peticiones pensionales ante la Caja Nacional de Previsión Cajanal,¹⁴⁰ el concurso de los notarios,¹⁴¹ las condiciones dentro del sistema penitenciario y carcelario,¹⁴² los defensores de derechos humanos¹⁴³ y la seguridad de los firmantes del Acuerdo Final de Paz.¹⁴⁴

En estos casos, el juez toma la palabra para remediar directamente la discriminación normativa (sentencia integradora), establecer las líneas generales sobre los elementos básicos que debe contener una política pública que permita superar una situación de violación estructural de los derechos constitucionales (sentencia transformadora) y proferir órdenes concretas destinadas a la protección de los derechos de quienes resultan afectados por ese tipo de situaciones (ECI). Además, el tribunal puede tener la última palabra en la medida en que ha diseñado mecanismos para controlar el cumplimiento de sus órdenes mediante las audiencias de cumplimiento, las sesiones técnicas informales y los autos de seguimiento.¹⁴⁵

136 Roa Roa, *Control de Constitucionalidad Deliberativo*, *op. cit.*, p. 473.

137 Juan Carlos Henao, “El juez constitucional: un actor de las políticas públicas”, *Revista de Economía Institucional*, v. xv, n.º 29, 2013, p. 86.

138 María Victoria Calle Correa, “La Constitución en marcha. El cumplimiento de sentencias estructurales en la Corte Constitucional colombiana”, en AA. VV., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2016*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2016, pp. 449-459.

139 CCC, Sentencia SU-559 de 1997.

140 CCC, Sentencia T-068 de 1998.

141 CCC, sentencias SU-250 de 1998 y T-1695 de 2000.

142 CCC, sentencias T-153 de 1998, T-606 de 1998 y SU-122 de 2022.

143 CCC, sentencias T-590 de 1998 y SU-546 de 2023.

144 CCC, Sentencia SU-020 de 2022.

145 Roa Roa, *Control de Constitucionalidad Deliberativo*, *op. cit.*, p. 473.

El contenido participativo del proceso de constitucionalidad se ha potenciado en los procesos de decisiones estructurales mediante el sistema de audiencias de cumplimiento y sesiones técnicas.¹⁴⁶ En estos espacios, el tribunal convoca al Gobierno, al Congreso, a los órganos de control, a las organizaciones no gubernamentales, a las asociaciones civiles, a las víctimas y cualquier autoridad encargada de resolver la situación estructural de violación sistemática de los derechos fundamentales. La Corte se ha trasladado ocasionalmente a las regiones del país para escuchar *in situ* a todos los interesados en la superación de un ECI. En una oportunidad, se convocó a una inspección judicial en el departamento de La Guajira, en el marco del ECI sobre niñez wayuu.¹⁴⁷ Allí, por ejemplo, se dispuso que la Corte debía contar con el apoyo de traductores para garantizar una adecuada comunicación. Igualmente, la sala de seguimiento al ECI en materia carcelaria dispuso la inspección judicial de cinco centros de detención transitoria.¹⁴⁸

Eso quiere decir que una decisión estructural no es producto de la reflexión exclusiva de un grupo de jueces formados en derecho e inexpertos en temas económicos o políticas públicas. El tribunal ha sido un espacio de encuentro entre los responsables de superar una situación de violación estructural de los derechos y quienes la sufren, la Corte ha captado la deliberación sobre problemas sociales relevantes y ha generado debate fuera del tribunal.¹⁴⁹ La principal característica de esta forma de intervención judicial es que el tribunal interactúa con la administración, con el legislador, con las víctimas de la situación estructural de violación de derechos y con la sociedad civil de manera que los jueces constitucionales “en lugar de definir los detalles de la política pública, involucran a múltiples voces en la exploración colectiva de soluciones a problemas complejos”.¹⁵⁰

146 Jorge Ernesto Roa Roa, “A cidadania dentro da sala de máquinas do constitucionalismo transformador latino-americano”, *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 28, n.º 2, 2023, pp. 91-115.

147 CCC, Auto A-274 de 2023.

148 CCC, Auto del 27 de febrero de 2023.

149 Jorge Ernesto Roa Roa, “La jurisdicción constitucional nos representa. La adjudicación estratégica y cooperativa en el constitucionalismo transformador”, *Revista Iuris Dictio*, n.º 30, mayo-diciembre de 2022, pp. 41-57.

150 César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales el Sur global*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 154.

A pesar de esos instrumentos, el nivel mínimo de aspiración de las promesas constitucionales dista mucho de aquel que los jueces y otras autoridades garantizan. Entre muchas razones, ello obedece a que las causas de la discriminación estructural superan el ámbito de las competencias y las posibilidades de los tribunales. El cumplimiento efectivo de las promesas constitucionales constituye una responsabilidad primaria de las instituciones políticas, de la administración y de la judicatura. Se trata de un trabajo cooperativo que no puede ser sustituido por la acción proactiva de uno solo de los poderes.¹⁵¹ Puede haber decisiones compensatorias de los déficits de otros poderes, pero la compensación siempre es limitada. De manera que la plena eficacia de la Constitución no puede ser alcanzada solamente por decisiones judiciales.

En los contextos latinoamericano y colombiano, las acusaciones a la Corte Constitucional de realizar activismo judicial suelen ser una forma de expresar las preocupaciones conservadoras por determinadas decisiones judiciales.¹⁵² En muchos casos, el activismo judicial es un argumento fácil para expresar el desacuerdo con una determinada decisión judicial. Lo que parece más cierto es que los jueces latinoamericanos siempre infraaplican la Constitución. Y ello no es por desidia de los tribunales, sino porque, incluso el más grande y transformador esfuerzo judicial por aproximar las promesas constitucionales a la vida de las personas es insuficiente para lograr la transformación al nivel que ha sido prometido en las generosas cartas de derechos. De manera que para superar la discriminación estructural de la región más desigual del mundo se requiere menos autorrestricción judicial y más constitucionalismo transformador que conduzca a tratar efectivamente a todas las personas con igual consideración y respeto.

Bibliografía

Ackerman, Bruce, *We the people. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

151 Jorge Ernesto Roa Roa, “El diseño de la justicia constitucional y el carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en Arturo Crispín Sánchez (coord.), *Mecanismos procesales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Peticiones y trámite en sede supranacional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2023, pp. 9-53.

152 Jorge Ernesto Roa Roa, “Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año xxiii, Bogotá, 2017, pp. 455-482.

- Bazán, Víctor (ed.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015.
- Calle Correa, María Victoria, “La Constitución en marcha. El cumplimiento de sentencias estructurales en la Corte Constitucional colombiana”, en AA. VV., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2016*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2016.
- Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.
- Calderón, Juan Jacobo, “Robert Alexy, la Corte Constitucional y los desafíos a la optimización: entre democracia y derechos”, *Teorías contemporáneas del Derecho*, Bogotá, Legis, 2022.
- Ely, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- Ely, John Hart, “Toward a representation-reinforcing mode of judicial review”, *Maryland Law Review*, v. 37, n. ° 3, 1978.
- Ferrajoli, Luigi, “Derechos y garantías”, *La ley del más débil*, 7.ª ed., Madrid, Trotta, 2010.
- Fiss, Owen, “The forms of justice”, *Harvard Law Review*, v. 93, n.º 1, 1979.
- Fiss, Owen, *El derecho como razón pública. Colección Filosofía y Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Henao, Juan Carlos, “El juez constitucional: un actor de las políticas públicas”, *Revista de Economía Institucional*, v. xv, n. ° 29, 2013, pp. 67-102.
- Rawls, John, *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2001.
- Replogle, Ron, “The scope of representation-reinforcing judicial review”, *Columbia Law Review*, v. 92, n.º 6, 1992.
- Roa Roa, Jorge Ernesto, *Control de Constitucionalidad Deliberativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Roa Roa, Jorge Ernesto, “El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano”, en Paúl Córdova Vinueza (coord.), *Jurisprudencia constitucional transformadora en Ecuador, Bolivia y Colombia*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022, pp. 231-253.

- Roa Roa, Jorge Ernesto, “O papel do juiz constitucional no constitucionalismo transformador latino-americano”, en Ana Olsen, Melina Fachi y Patricia Mello (eds.), *Diálogos Constitucionais Transformadores*, Brasília, Lumen Juris, 2022, pp. 99-114.
- Roa Roa, Jorge Ernesto, “A cidadania dentro da sala de máquinas do constitucionalismo transformador latino-americano”, *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 28, n.º 2, 2023, pp. 91-115.
- Roa Roa, Jorge Ernesto, “El diseño de la justicia constitucional y el carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en Arturo Crispín Sánchez (coord.), *Mecanismos procesales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Peticiones y trámite en sede supranacional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2023, pp. 9-53.
- Roa Roa, Jorge Ernesto, “La jurisdicción constitucional nos representa. La adjudicación estratégica y cooperativa en el constitucionalismo transformador”, *Revista Iuris Dictio*, n.º 30, mayo-diciembre de 2022, pp. 41-57.
- Roa Roa, Jorge Ernesto, “Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXIII, Bogotá, 2017, pp. 455-482.
- Roa Roa, Jorge Ernesto, “El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad de la justicia constitucional en Colombia”, en Magdalena Correa Henao y Paula Robledo Silva (eds.), *Diseño institucional del Estado democrático en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Rodríguez Garavito, César (coord.), *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento armado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010.
- Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez Franco, “Juicio a la exclusión”, *El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales el Sur global*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015.
- Rodríguez Garavito, César, “Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America”, *Texas Law Review*, v. 89, 2010.
- Rodríguez Garavito, César, “La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones”, en Óscar Bernal y Catalina Gutiérrez, *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en César Rodríguez (ed.), *El derecho en América Latina*, Madrid, Marcial Pons, 2011.