

# Discusiones sobre la fundamentalidad de los DESC en Colombia. El criterio de conexidad y sus límites

## 3

---

**E**n las páginas anteriores se precisó la importancia de no concebir los DESC como principios o preceptos de orientación de la política social (por ejemplo, como mandatos de optimización). Eso se ha convertido en una excusa para incumplir las obligaciones estatales con estos derechos; sostuvimos además que, en relación con los DESC, sólo es válido hablar de *principios* cuando esta acepción se use para identificar los derechos constitucionalmente consagrados, valorados en el mismo plano de importancia y vinculatoriedad.

También se quiso responder a la pregunta por el tipo de normas que son los DESC. Comenzamos por decir que son derechos inscritos en normas que responden a la estructura de las reglas de derecho, lo que supone su eficacia directa desde el punto de vista jurídico. Separamos la cuestión jurídica de los medios que deben habilitarse para su materialización.

Más tarde, nos preguntamos por el tipo de derechos que son los DESC. Revisamos entonces las diversas tipologías de derechos en que se les ha enmarcado. En ellas encontramos algunas que aportan elementos teóricos para defender su fundamentación como derechos completos. Por ejemplo, las que entienden los derechos sociales como derechos de igualdad u otras que los interpretan como derechos morales ligados a visiones sustanciales de la democracia y del ser humano. También encontramos otras categorías que se alejan del interés de fundamentar los DESC, como las que se refieren a ellos como derechos subjetivos de índole individual o las que los sitúan como derechos de realización programática.

Como propuesta para determinar *strictu sensu* la naturaleza jurídica de los DESC, concluimos que estos derechos deben concebirse a la manera de “principios-reglas”, para resaltar dos elementos: que son normas de estructura completa que obligan in-

mediatamente al Estado y que son normas de especial importancia en el ordenamiento jurídico, pues tienen como contenido derechos ligados con la dignidad humana.

Corresponde en este capítulo revisar los elementos conceptuales de las teorías constitucionales sobre los derechos fundamentales que colaboran en la defensa de la visión de los DESC como derechos plenos, con carácter vinculante, directo e inmediato. En ese sentido, miraremos las teorías generales sobre los derechos fundamentales, el debate actual en Colombia sobre los DESC y el test de fundamentalidad de estos derechos, propio de la Corte Constitucional.

### 3.1 Teorías generales sobre los derechos fundamentales

La teoría general sobre los derechos fundamentales ha recibido una notable influencia de la dogmática alemana, en particular desde los pasados años setenta, con la publicación del ensayo de E. W. Böckenförde (1994), en el que describe cinco teorías de los derechos fundamentales: la liberal, la institucional, la valorativa, la democrático-funcional y la social<sup>1</sup>. A ellas se suma una descripción elemental de la teoría de la garantía procesal y de la teoría analítico-argumentativa de Alexy.

El debate de los derechos fundamentales ha enriquecido el derecho constitucional al indagar en el fondo sobre el *telos* de la Constitución, sobre lo inmanente y lo consecuente de sus instituciones. Ha prevalecido en esta exploración la idea de la Constitución y de los derechos fundamentales como límites, control y emancipación de los individuos frente al poder absoluto y arbitrario del Estado. No obstante, la dogmática ha evolucionado, empieza a trascender la visión de la Constitución como un simple sistema de garantías de las libertades burguesas y abre campo a una visión más amplia que entiende la Carta Fundamental como un sistema de instituciones, garantías o de valores esenciales legitimadores del orden político, base de las relaciones sociales y fines de la democracia.

Böckenförde coadyuvó con su trabajo a la evolución de un constitucionalismo más social. Sin embargo, no alcanzó a proponer una teoría sistemática de los derechos fundamentales como era su intención. Se quedó en un plano descriptivo de cinco posiciones cada una con su orientación sobre los derechos fundamentales, sin lograr articulaciones que dieran lugar a una interpretación más horizontal de los mismos (Gavara 1994, 80). Esbozaremos algunos rasgos generales de estas y otras teorías.

#### 3.1.1 Teoría liberal

La teoría liberal está asociada al concepto clásico de la Constitución expuesto por C. Schmitt. Se inspira en la idea de que la esfera de libertad es anterior al poder político, lo

<sup>1</sup> Existen otras clasificaciones de los derechos fundamentales. Por ejemplo, Pérez Luño (1995, 297 y siguientes) señala la teoría positivista, la del orden de los valores, la institucional (que subdivide en institucional funcionalista y multifuncional) y la iusnaturalista crítica. Otros autores prefieren una clasificación más simple: dividen los derechos fundamentales en derechos de libertad (que se subdividen en garantías individuales y libertades clásicas) y derechos de igualdad (véase Prieto 1990, 128-129).

que permite suponer que la libertad del individuo es ilimitada en principio, de modo que las competencias del Estado se reducen a regular los fines que persigue cada ámbito de autonomía reconocido al individuo.

En ese sentido, los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado, lo que indica que son medios de defensa frente al poder establecido. En dicha concepción, los derechos fundamentales se equiparan a los derechos subjetivos y se concretan en la forma de normas de distribución de competencias entre los individuos y el Estado. Entonces, las normas de competencia negativa (de no intervención) corresponden a la actividad estatal.

La libertad no se somete a ninguna condición jurídica ni material, sólo al marco de regulación general de la ley. En virtud de esto,

los derechos fundamentales producen efectos privados de defensa de la persona y efectos públicos de contención de la autoridad; pero, en caso de colisión no siempre se resuelve con el *indubio pro libertate*, sino a través del principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, que supone integrar la libertad y la autoridad, sin afectar el núcleo duro de los derechos fundamentales, mediante el principio de armonización y proporcionalidad (Landa 2002b).

Los derechos fundamentales producen igualmente una vinculación negativa del legislador frente a ellos. Se sobrentiende que son un mandato al Estado de dejar hacer y se descarta el sentido positivo de asegurar la realización de la libertad mediante obligaciones de hacer del Estado.

A esta posición se le rechaza, entre otras cosas, su tesis de que el núcleo de la libertad jurídica debe preservarse previamente a la posibilidad de intervención o limitación del legislador, que sólo puede operar en forma medida y justificada, aunque no se señala cuál es el parámetro de control a esta reglamentación. Es criticable que el Estado no tenga ninguna obligación de realizar la libertad jurídica y que ésta sólo se reserve a la esfera de las actividades privadas. Las libertades jurídicas no son derechos absolutos y el Estado puede regularlas, señalarles límites temporales razonables y anteponerles razones sociales. También es criticable que la teoría liberal no contemple los supuestos fácticos que requiere la realización de la libertad.

### **3.1.2 Teoría institucional**

La teoría del individualismo liberal es insuficiente para comprender la dimensión jurídica de los derechos fundamentales, acorde con los cambios económicos y políticos del Estado constitucional. Los derechos fundamentales no sólo pueden caracterizarse como medios de defensa del individuo, sino que tienen un carácter objetivo que sirve para la ordenación de diferentes ámbitos sociales protegidos por ellos.

Los derechos fundamentales se desarrollan mediante regulaciones de tipo institucional que conforman ciertas relaciones sociales o hechos materiales en los que dichas relaciones son efectivas. No se trata sólo de garantías institucionales: los derechos fundamentales se configuran a través de complejos normativos que orientan, garantizan su contenido y su finalidad. Al ser así, la ley no significa la limitación de la libertad sino un medio para su realización.

André Hauriou explicó las instituciones como organizaciones sociales creadas por un poder duradero, que contienen o desarrollan una idea principal aceptada por la mayoría de los miembros de la sociedad, de la que emana un derecho autónomo que funge como institución jurídica<sup>2</sup>. Para este constitucionalista, los derechos fundamentales tienen un doble carácter: son derechos de la persona y se erigen como un orden institucional. En este enfoque, los derechos fundamentales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos individuales subjetivos (Landa 2002b). Una consecuencia de esta concepción es que los derechos fundamentales, al poseer una dimensión objetiva, requieren necesariamente de una actuación positiva del Estado para la protección y desarrollo de la libertad.

Esta aportación de las instituciones jurídicas hecha por Hauriou ha servido para reforzar los análisis sistemáticos y de sentido de diferentes sectores normativos en los órdenes legales. Con ello se ha establecido que las instituciones, además de la función legal que cumplen, se definen de acuerdo con sus finalidades, las necesidades sociales y los valores que representan. Otra ventaja que se reconoce al concepto de institución jurídica es su permanencia en el tiempo, dado que cambios normativos determinados en una de ellas no implican necesariamente su transformación. Adicionalmente, el institucionalismo vincula el plano de las normas con la acción social. Esto es relevante en materia de derechos fundamentales, pues hace tangibles los niveles de protección de los derechos.

Peter Häberle hizo una aplicación directa de la concepción institucionalista en el terreno de los derechos fundamentales. Estableció que los derechos fundamentales pueden concebirse como un sistema de garantías y valores positivizados en la Constitución, aplicando los postulados de Carl Schmitt acerca de la protección constitucional de determinados objetos relevantes para el derecho, mediante las denominadas garantías institucionales, que son mecanismos técnicos limitados en sus competencias y al servicio de fines precisos (Gavara 1994, 96). En su representación teórica, los derechos fundamentales aparecen como bienes jurídicos constitucionales, individuales y generales, explícitos o inmanentes a los que está vinculado el legislador.

Häberle anuncia los límites a los que debe someterse el legislador en relación con los derechos mencionados, aunque por su carácter social, estos deben configurarse y desarrollarse para su ejercicio. Deduce entonces que van más allá de la reserva de ley y se concretan en el respeto de su contenido esencial, barrera irresistible que expresa el valor intrínseco que se halla en cada uno de los derechos fundamentales.

---

<sup>2</sup> Hauriou distinguió dos clases de instituciones: la institución-grupo y la institución-cosa. Cualquier grupo social crea una institución-grupo que pone al servicio de una idea objetiva, entre otras características que le atribuyó a esta clase de instituciones expresó que requieren la comunión entre los individuos sobre una idea y sobre su cumplimiento; una supraestructura organizada y reglamentada por procedimientos y un poder de acción; un orden moral de cooperación voluntaria (persona moral colectiva) y un reconocimiento formal de la personalidad jurídica del grupo. Señaló como ejemplos a la familia, la iglesia, los sindicatos, el Estado, etcétera. La institución-cosa, como la propiedad, es un orden de relaciones entre las unidades sociales separadas.



En el pensamiento institucional, se identifica la esencia de los derechos fundamentales con la idea de la libertad como un dato objetivo que permite la actividad individual en la sociedad. En ese sentido, la fijación del contenido básico y de los límites intangibles de los derechos fundamentales se hace apreciando la totalidad constitucional como un orden objetivo (institucional) de valores y de bienes jurídicos en conexión.

La reflexión de Häberle entrega un dato importante sobre los derechos fundamentales: estos encierran un rango de igualdad entre los intereses individuales y los intereses sociales. En vista de eso, se establecen relaciones de condicionalidad entre ellos y la totalidad de la Constitución. Los derechos fundamentales se refuerzan y protegen contraponiéndose mutuamente.

Muestra este autor que en el ejercicio de los derechos ocurre un ensamblaje entre intereses individuales e intereses públicos, de modo que si se afectan los primeros también se afectan los segundos; esto es importante para juzgar la limitación de los derechos o el uso de reservas legales que sólo se justifican como formas de salvaguardar intereses jurídicos valiosos.

En una situación concreta, determinar y medir los intereses individuales y públicos que laten en los derechos fundamentales, se logra mediante el principio de la ponderación. Este principio inmanente a la Constitución sirve para delimitar, fijar los contenidos y solucionar los conflictos entre los derechos fundamentales o, más generalmente, entre bienes jurídicos constitucionales.

Así, en el institucionalismo, los derechos fundamentales se conciben como categorías jurídico-objetivas que protegen valores superiores y poseen una fuerza vinculante. Esto remite a otro rasgo de los derechos fundamentales: por su grado de importancia, la Constitución los reviste con un *status activus processualis*, o sea, instaura medios de tutela jurisdiccional en beneficio de su realización práctica. Esta protección alcanza, en muchos ordenamientos, las cláusulas sociales y económicas del Estado constitucional (aunque advertimos que la Constitución por sí sola no puede resolver la cuestión social) (Gavara 1994, 96).

El lugar constitucional que ocupan los derechos fundamentales como legitimación del orden político y jurídico es el que hace que en la teoría institucional se conceda a la ley un papel central en la configuración objetiva de las libertades. La intervención del legislador en las libertades públicas supone un carácter promocional y de concreción, que tiene como última barrera su contenido mínimo irreductible. Por ello se ha desarrollado la teoría de los límites inmanentes directos o indirectos del legislador: para asegurar la inmunidad del contenido esencial. La actividad del parlamento no puede relativizar los derechos, ni crear una segunda Constitución, con lo que suplantaría al poder constituyente. La garantía de los derechos fundamentales obliga a que la actividad legislativa se justifique en la Constitución.

Häberle admite así el papel de configuración activa de los derechos fundamentales por el legislador. Algunos tratadistas han cuestionado tan postura (Gavara 1994, 106). Opinan que estos derechos son aplicables directamente por su rango superior y

por la fuerza normativa de la Constitución, de modo que no se requiere intermediación regulativa alguna. Más bien imponen al Estado que los proteja de manera inmediata, sin cortapisas.

Los críticos a la regulación han hecho notar cómo algunos derechos fundamentales no son susceptibles de desarrollo normativo, porque son normas completas, desde el punto de vista constitucional. La idea de fusionar constitucionalidad y legalidad, presente en la tesis del desarrollo legislativo de los derechos fundamentales (así se ponga el límite del contenido esencial), termina debilitando la Constitución, pues esta pierde su sentido originario, al confiarse a la legislación ordinaria el establecimiento del contenido de los derechos fundamentales, con lo que se da una amplia discrecionalidad a las mayorías políticas. En consecuencia, se desfigura el papel del tribunal constitucional.

Finalmente, en la doctrina institucional de los derechos fundamentales han surgido dos subteorías institucionales: la sistemática y la multifuncional. La primera, cuya paternidad se atribuye a Niklas Luhmann, aparece asociada a una interpretación estructural-funcionalista del derecho<sup>3</sup>. Se enmarca en la idea de que la sociedad y el ámbito jurídico son sistemas. En tal contexto, los derechos fundamentales cumplen la función de proteger la esfera social contra las intromisiones estatales que coartan las potencialidades expresivas de las personas. Como el sistema jurídico es una parte subordinada del sistema social existente, los derechos fundamentales, explica Pérez Luño, se perciben sólo como subsistemas que cumplen la función específica de conservar y brindar estabilidad al sistema social, de modo que pierden su dimensión emancipatoria y reivindicativa de pretensiones individuales y colectivas (Pérez 1995, 301).

Por su parte, la teoría multifuncional ha buscado superar las explicaciones unidireccionales sobre los derechos fundamentales. Argumenta que estos cumplen diversas funciones constitucionales, determinadas por la pluralidad de fines y de intereses sociales que abarca el Estado constitucional. Unas de esas funciones son la democratización de la sociedad, la promoción de la participación ciudadana y la búsqueda del bienestar general en el marco del Estado social de derecho. En ese sentido, armoniza, la libertad con los requerimientos de la igualdad. En otros términos,

los derechos fundamentales participan de las funciones: racionalizadora, ordenadora, estabilizadora, unificadora, contralora del poder; así como del aseguramiento de la libertad, la autodeterminación y la protección jurídica de la persona, el establecimiento de la estructura organizativa básica del Estado y del desarrollo de los contenidos materiales básicos del Estado (Landa 2002b).

---

<sup>3</sup> Niklas Luhmann considera al sistema jurídico moderno como un sistema *auto-poietico* que se autorregula y es independiente en su funcionamiento y creación. Sin embargo, el derecho, como cualquier otro sistema, requiere una comunicación necesaria con su entorno, que se compone de la sociedad y el Estado, y depende además de otros sistemas como la comunidad internacional, que influyen en su carácter y estructuración.

### 3.1.3 Teoría de los valores

La teoría axiológica se origina en el período entreguerras, por la influencia de la obra de Rudolf Smend (Gavara 1994, 81 y siguientes). Este autor considera los derechos fundamentales como parte de un sistema de valores concreto y del ambiente cultural. Estos factores se representan en la Constitución y son la base de la integración social en el Estado.

Para esta teoría, los derechos fundamentales también aparecen como datos objetivos en el orden constitucional y no como pretensiones subjetivas, al estilo de la doctrina liberal. Son datos objetivos porque aparecen aquí como la base y manifestación de los valores que ha aceptado la sociedad para su regulación. En esta perspectiva, la libertad tiene como fin la realización de los valores expresados en el conjunto de los derechos fundamentales.

La determinación del contenido de los derechos fundamentales se hace averiguando el sentido del valor que encierra cada uno de ellos. Esto es, a su vez, producto del consenso cultural y moral logrado por la sociedad en el transcurso del tiempo. El orden constitucional de los valores facilita la solución de problemas de concurrencia entre los derechos fundamentales, al contrastarlos con respecto a una organización por jerarquías, que al mismo tiempo puede justificar los límites que se les señalen.

Los contenidos axiológicos que poseen los derechos fundamentales se exteriorizan mediante decisiones valorativas. En su estructura, se conciben como normas éticas objetivas que reflejan el modo de ser de la sociedad. La dimensión cultural y axiológica de la sociedad se expresa justamente en las normas jurídicas y en las sentencias de los tribunales.

En la teoría de los valores, el razonamiento jurídico formal cede ante formas intuitivas de identificación de los valores superiores de la comunidad:

Al parecer, corresponde aplicar el método de las ciencias del espíritu para conocer la jerarquía de la conciencia valorativa de la comunidad; que es alcanzable como una evidencia preferentemente intuitiva *intuitive vorzugsevidenz*, o mediante el juicio de valor cultural y moral del momento, que no está exento de un juicio de valor superior frente a otro inferior (Landa 2002b).

El método se critica porque no son claros los criterios que se usan para la jerarquización de los valores y para la valoración intuitiva del estado de conciencia social. Es sobre la base de esta valoración que se juzga la preeminencia de un valor sobre otro. La crítica se vuelve más pertinente cuando se constatan los acelerados cambios sociales y en la opinión pública, que generan una sensación de relatividad axiológica constante. El método se ha visto como un encubrimiento del decisionismo judicial.

Ante las objeciones, Smend defendió una teoría integracionista del Estado a partir de los derechos fundamentales. Insinuó que el sistema político y los valores sociales tienen la virtud de renovarse y desarrollarse continuamente, por lo que se necesita mantener procesos de integración personal, funcional y material en el Estado.

La integración personal fluye hacia a la unidad del pueblo y la unidad política se consigue en el parlamento, mediante las alianzas de las fuerzas políticas entre sí y con el gabinete. La integración funcional o procesal crea un sentido de pertenencia colectivo y se logra a través de la conformación de la voluntad política de la comunidad en los procesos electorales, en el seguimiento a las actuaciones parlamentarias y en la formación de los gobiernos. O mediante la participación ciudadana en referendos y en instituciones similares. Y la integración material se basa en la realización horizontal de los derechos fundamentales, como contenidos sustantivos del Estado.

Con esta concepción, Smend trascendió el estudio de los derechos fundamentales centrado en la aplicación del principio de la legalidad y abrió campo a la indagación sobre el aspecto programático de estos derechos en la Constitución. Sostuvo que los derechos fundamentales no pueden considerarse sólo como normas marco para su posterior desarrollo legal: los derechos constitucionales requieren una interpretación diferente basada en su contenido material.

El catálogo de derechos fundamentales posee dos sentidos: uno político, que se refiere a la integración material de la nación, y otro jurídico, concerniente a la legitimación del orden estatal. Por esto, los derechos fundamentales están condicionados históricamente y no pueden interpretarse sólo desde el texto literal de la norma jurídica. Necesitan comprenderse buscando su esencia en la totalidad de factores que forman la vida de las personas y en los valores constitucionales vigentes. La influencia de Smend radica justamente en que intentó vincular los criterios normativos y no normativos (filosóficos, sociológicos, políticos, etcétera) en la interpretación de los derechos fundamentales.

La mayoría de críticas a la teoría axiológica descansan en que la interpretación de los derechos fundamentales como valores objetivos es poco creíble, pues en ella se enfrentan diversas visiones sustantivas (éticas y morales), difíciles de conciliar. Los valores poseen fuertes cargas de subjetividad y esto complica la toma de decisiones jurídicas: mientras que un intérprete puede estimar desde su más profunda convicción que algo es valioso para sociedad, otro, desde una perspectiva moral o política diferente, puede concluir que el mismo valor implicado en una situación determinada resulta inconveniente para la convivencia social.

Es evidente que en esta perspectiva se tienden a uniformizar las diversas formas de vida que se congregan en las sociedades multiculturales de hoy, en torno a unos presuntos valores supremos objetivos. Pero este integracionismo, basado en un supuesto universalismo de algunos valores, se ha cuestionado fuertemente por posiciones comunitaristas que defienden la igualdad entre culturas y el derecho a la diversidad en el Estado constitucional<sup>4</sup>. La jerarquía de los valores puede dar pie a que se terminen tiranizando a los sectores minoritarios o desvinculándose a las mayorías sociales.

---

<sup>4</sup> Véase Olivé (1997).

### 3.1.4 Teoría democrático-funcional

Esta doctrina aborda los derechos fundamentales en su función política o pública, para descubrir las relaciones que ellos establecen y el papel que cumplen en el sistema democrático. Concibe que los derechos de la persona cumplen funciones públicas en el Estado constitucional, especialmente en materia de legitimación y formación de la democracia deliberativa; por eso, el Estado constitucional ha estimulado históricamente los derechos a la libertad de opinión, la libertad de prensa y libertad de reunión y asociación, en cuanto plataformas indispensables para el funcionamiento de la democracia.

Los derechos fundamentales poseen un carácter cívico. En su calidad de factores constitutivos de la democracia, coadyuvan en la formación de la voluntad política de las personas. En ese sentido, son normas que facultan a los ciudadanos como titulares de los derechos para que participen de manera libre en los asuntos públicos y en la política, lo que destaca el hecho de que así como hay derechos, también hay deberes con el Estado democrático-constitucional. Dicho de otra manera, se perciben más que como simples normas de distribución de competencias entre los individuos y el Estado, que separan claramente los ámbitos de actuación en la esfera privada y pública.

Como se aprecia, esta posición busca trascender la idea liberal de los derechos fundamentales como bienes jurídicos de libre disposición en el ámbito privado. Muestra que los derechos de los ciudadanos presentan límites dados por la convivencia democrática, que impone la obligación de fomentar el interés público.

El énfasis democrático de los derechos fundamentales justifica que sea en la política donde se fijen la orientación, la sustancia y los límites de los derechos de la persona:

En consecuencia, lo políticamente correcto se convierte en el parámetro de validez de los derechos humanos, tarea que ya no queda delimitada en cada caso por el titular del derecho, sino por un consenso social que representa una posición intermedia o intersubjetivista, entre las tesis individualistas y colectivistas de los derechos fundamentales (Landa 2002b).

De este poder, confiado a la política en la configuración de los derechos, se critica el hecho de que relativiza la libre decisión de las personas sobre la utilización de su libertad. Se dice que ésta queda subordinada a la consecución de los fines políticos que señale el sistema democrático, con lo que se debilita el ejercicio de los derechos, al terminar convertidos en deberes públicos.

También se ha cuestionado a esta teoría que, desde su concepción, las dinámicas democráticas no escapan a la influencia de fuerzas políticas hegemónicas, en especial, a tendencias autoritarias, que orientan el proceso político según sus conveniencias. Estas circunstancias son un obstáculo para el ejercicio y la aparición de nuevos derechos impulsados regularmente por grupos excluidos que se manifiestan en la periferia del consenso político dominante.

### 3.1.5 Teoría social

Esta teoría surge como respuesta a la insuficiencia de las doctrinas individualistas y da cuenta de la totalidad de los derechos fundamentales. En ellas, el principio de la libertad se toma como absoluto y por ello, se tiene poca consideración por los problemas de la desigualdad social. También es una reacción contra la postura positivista sostenida por Carl Schmitt de los derechos económicos, sociales y culturales. Este autor negó que fueran derechos fundamentales y los caracterizó como normas programáticas sujetas a la reserva de ley<sup>5</sup>; también es una resistencia contra la abstracta delimitación de la libertad, que en la obra de los ius-positivistas termina desvirtuando la igualdad y la justicia.

Según Böckenförde (1994, 63-64), el interés de los escritores de una teoría de los derechos fundamentales está en probar que las transformaciones provocadas por el desarrollo social estimularon el desplazamiento de la atención estatal concentrada en el espacio vital dominado por la autarquía individual, al espacio vital de las relaciones y prestaciones sociales efectivas. La garantía de la libertad jurídica se muestra como una fórmula vacía para asegurar la libertad de los derechos fundamentales en su dimensión de libertad real.

En la ubicación de esta teoría, Cesar Landa señala que,

es sólo con el desarrollo jurídico contemporáneo del Estado social que se asienta una concepción propia de los derechos económicos y sociales como derechos subjetivos de realización mediata para el particular y como derechos objetivos vinculantes para el Estado: sólo así se puede hablar de derechos normativos; sobre todo gracias a los aportes de la dogmática de la Constitución económica (Landa 2002b).

En la configuración del Estado social subyace un concepto de derechos fundamentales como pretensiones de los individuos a prestaciones estatales: el Estado debe procurar los medios financieros e institucionales, necesarios para realizar la libertad fáctica constitucional. La escasez económica, como límite material a la vigencia de los derechos fundamentales, obliga al Estado a tomar decisiones de oportunidad política, por ejemplo, la de priorizar la distribución de recursos en el propósito de la realización de los derechos.

Los medios presupuestales e institucionales en esta concepción constituyen parte del carácter jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales, pues su efica-

<sup>5</sup> Para Schmitt los derechos fundamentales tienen dos características principales: "son, esencialmente, derechos del *hombre individual* libre, y por cierto, derechos que él tiene frente al Estado" y "son derechos fundamentales absolutos, esto es, no se garantizan con arreglo a las leyes". A diferencia, caracteriza a los derechos "socialistas" como aquellos que reconocen al individuo prestaciones positivas del Estado: "No pueden ser ilimitados, pues todo derecho a prestaciones ajenas es limitado, pero lo sería en cualquier caso un derecho de todos a prestaciones del Estado. Tales derechos presuponen una organización estatal a la que se incorpora el individuo titular del derecho. Con eso, su derecho se relativiza ya. Es condicionado, y ciertamente, por una organización que incluye al individuo, le asigna su puesto, mide y raciona su pretensión (...)" (Schmitt 1934, 171-174).



cia normativa se sujeta al ambiente económico y social existente en un momento dado. Sin embargo, según Peter Häberle, las condiciones socioeconómicas son una premisa necesaria pero no suficiente de la legitimidad de los derechos sociales. Esto impone al Estado otra obligación: que en el desarrollo de los elementos político-administrativos se impida el vaciamiento de las cláusulas constitucionales que consagran los derechos sociales.

### 3.1.6 Teoría de la garantía procesal

El artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas reza: "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".

Provisiones del mismo estilo se encuentran escritas en otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de 1969) dice en el artículo 25:

Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

La eficacia en la aplicación y protección judicial de los derechos humanos ha sido una preocupación constante en la dogmática jurídica internacional y nacional. La teoría sobre las garantías procesales de los derechos fundamentales plantea en el fondo el problema de su justiciabilidad efectiva. Si constitucionalmente los derechos fundamentales se tienen como bienes jurídicos valiosos, deben gozar de garantías procesales en tres planos: judicial, administrativo y legislativo.

Los ciudadanos deben tener acceso a medios judiciales ordinarios y constitucionales para reclamar ante los jueces y tribunales y también ante la administración pública la protección de sus derechos fundamentales. Esto es, pedir acceso a ellos cuando no lo han tenido o lo han tenido de manera parcial o para pedir tutela ante las transgresiones o amenazas de que son víctimas. Las garantías legales de los derechos fundamentales se extienden también al proceso legislativo (Landa 2002b).

La protección de los derechos fundamentales implica una tutela judicial efectiva al alcance de los ciudadanos y la garantía del debido proceso material y formal. Por esto afirma el escritor peruano César Landa, que la tutela judicial y el debido proceso se incorporan al contenido esencial de los derechos fundamentales. Las garantías proce-

sales confieren a los derechos fundamentales la condición de derechos subjetivos y esta protección, reforzada con procedimientos accesibles y ciertos, también les otorga el carácter de derechos objetivos fundamentales.

Ferrajoli afirma, en relación con los derechos fundamentales, lo siguiente:

el segundo principio garantista de carácter general es el de jurisdiccionalidad: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión (Ferrajoli 1997, 917).

Cabe indicar, sin embargo, que frente a los derechos económicos, sociales y culturales la negación de una justiciabilidad directa, incondicional y con efectos generales se ha descartado, porque se presume que no son derechos subjetivos. Kelsen sigue esta orientación. Para él, sólo existe derecho subjetivo cuando el titular del derecho puede acudir ante el órgano de aplicación jurídica en caso de una falta de cumplimiento de la obligación que le corresponde, para que disponga una sanción.

Por esta razón, las posibilidades de justiciabilidad de las violaciones contra estos derechos se han hecho por la vía indirecta: protegiéndolos con la condición de que su vulneración ponga en riesgo o lesione derechos de stirpe individual o subjetiva (Abramovich y Courtis 2002, 43).

### **3.1.7 Teoría analítico-argumentativa de Robert Alexy**

Son dos los propósitos de Alexy en su teoría:

- Llegar a un modelo de identificación de las normas de derechos fundamentales.
- Trazar un camino para determinar la estructura de las normas fundamentales como reglas y principios, todo en el marco de una interpretación de la Ley Fundamental de Bonn (LFB).

En relación con el primer propósito, Alexy sugiere que las normas fundamentales se pueden identificar siguiendo un método por criterios. Para ello, explora tres criterios: el material, el estructural y el formal.

Según el criterio material, los derechos fundamentales son aquellos que pertenecen a la esencia o fundamento mismo del Estado. Por eso, se incorporan en la Constitución. Este criterio tiene un problema de orientación: excluye derechos que son fundamentales desde otras posiciones políticas. Por ejemplo, si la selección de los derechos se hace sobre la base de los postulados del Estado liberal, los únicos derechos fundamentales serían los civiles y políticos, de modo que quedarían aislados de esta condición los derechos sociales.

El criterio estructural sustenta que las normas de derechos fundamentales en la LFB son aquellas que contienen derechos subjetivos. Pero este criterio también se desvirtúa, al demostrarse que existen normas que no necesariamente incorporan derechos

subjetivos, pero se encuentran en conexión sistemática con normas contentivas de derechos fundamentales. Por ejemplo, aquellas que versan sobre garantías institucionales.

Por último, según el criterio formal, que para Alexy es el determinante en el proceso de distinción de los derechos fundamentales, las normas que los regulan son aquellas que expresamente tienen ese carácter por mandato de la Constitución.

A partir de la combinación de los tres criterios se pueden determinar con seguridad las normas de derechos fundamentales. Alexy hace notar que en su análisis se pueden establecer “normas agregadas” de derechos fundamentales a la LFB, debido a que las normas de estos derechos tienen problemas de indeterminación. De manera usual, son construcciones empíricas de la jurisprudencia o la doctrina, luego de un consenso dogmático y de una correcta argumentación, o provienen de interpretaciones sistemáticas de la normativa constitucional.

En relación con la determinación de la estructura de las normas de derechos fundamentales, advertimos en otra parte la conclusión de Alexy concluye que las reglas son normas que contienen obligaciones definitivas y los principios son normas que contienen obligaciones *prima facie*, es decir, contienen mandatos que sólo obligan a que algo sea realizado en la mayor medida posible, según lo permitan las condiciones jurídicas y materiales existentes en un momento dado (mandatos de optimización). Si colisiona una regla y un principio en la solución de un caso, el operador jurídico puede introducir una cláusula de excepción cuando el principio posee más importancia específica; las colisiones entre principios exigen ponderación.

De estas diferencias, Alexy deriva tres modelos de determinación de la estructura de los derechos fundamentales:

- El modelo puro de los principios, utilizado por el Tribunal Constitucional. Mediante él se asocian principios determinados con normas de derechos fundamentales, para resolver casos complicados.
- El modelo de las puras reglas, el más atractivo desde el punto de vista de la vinculación al texto constitucional y, por lo mismo, de la seguridad jurídica. Permite que la aplicación de las normas de derechos fundamentales se haga conforme a los criterios tradicionales de la hermenéutica jurídica.
- El modelo combinado, en el que la aplicación de las normas de derechos fundamentales admite la interpretación por la vía de las reglas o de los principios. Se consideran principios relevantes sólo aquellos que son concluyentes en contra o en defensa de los derechos fundamentales, en un caso concreto.

Visto este panorama de las teorías a nivel internacional acerca de los derechos fundamentales, pasaremos a examinar cómo se han manifestado esos debates entre la comunidad jurídica colombiana. Se necesita revisar las posiciones y aportes hechos en nuestro contexto para determinar cuáles son y cómo se aplican los derechos fundamentales, pues es un paso indispensable para identificar los insumos necesarios en la construcción de una dogmática de los derechos sociales como derechos fundamentales.

## 3.2 El debate en Colombia sobre los DESC

Es prudente ahora describir los terrenos del debate sobre los derechos económicos, sociales y culturales en nuestro país<sup>6</sup>. En primer lugar, la discusión se ha estructurado, en el terreno académico, a partir de determinar si los DESC son o no son justiciables<sup>7</sup>. Al respecto, hay tres posiciones: una a favor, la segunda en contra y una tercera que es intermedia. En segundo término, el debate se encuentra en el terreno de la jurisprudencia constitucional, que se ha resuelto, en parte, a través del llamado *test de fundamentalidad*.

### 3.2.1 ¿Son justiciables los DESC?

El concepto de justiciabilidad se refiere a la exigibilidad de los derechos ante los jueces, los tribunales o las instancias semi-judiciales. Se puede hablar de tres grandes tendencias doctrinales<sup>8</sup> sobre la justiciabilidad de los derechos sociales: una, a favor de una justiciabilidad de estos derechos, en cuanto derechos fundamentales de rango constitucional; otra, que plantea la imposibilidad de protección judicial de los DESC y la tercera, que busca una conciliación entre las dos anteriores.

En la primera tendencia se requiere distinguir entre varias posturas<sup>9</sup>:

- Una, en la que la justiciabilidad es restringida. La sostiene Rodolfo Arango. De acuerdo con ella, se subordina la protección jurisdiccional de los derechos sociales a circunstancias especiales de vulnerabilidad de los titulares
- Una posición ambivalente, uno de cuyos exponentes es Tulio Elí Chinchilla. Este autor aboga por una justiciabilidad de los DESC, entendidos como derechos morales, aun a riesgo de romperse el equilibrio entre los poderes públicos.
- Una posición que defiende el garantismo de la Corte Constitucional frente a los derechos sociales. Uno de sus exponentes es Oscar Dueñas.

<sup>6</sup> La descripción se hará sobre la base de las tesis de destacados juristas de la Especialización en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia y de la reflexión acerca de estos temas, en algunos otros escenarios promovidos por la Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo.

<sup>7</sup> Las fuentes utilizadas para esta parte son: a) seminarios sobre teoría del derecho, celebrados por la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia desde el año 2001. En ellos se tocó el tema de los derechos sociales; b) algunas las cátedras de la Especialización en Derecho Constitucional impartidas entre 2001-2004; c) las reflexiones adelantadas por el grupo sobre Pensamiento-DESC, de la Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo (véase [www.plataforma-colombiana.org](http://www.plataforma-colombiana.org)) y los artículos y obras de los autores que reseñamos en este acápite.

<sup>8</sup> Buena parte de este debate interno sobre los DESC se recogió en dos informes de la Oficina de la Comisión Económica para América Latina y El Caribe (Cepal) en Bogotá. Véanse De Roux y Ramírez (2004a y 2004b).

<sup>9</sup> Unos párrafos más adelante profundizamos sobre las tres posturas. Por ahora entregamos unos elementos generales.

La segunda tendencia doctrinal sobre la justiciabilidad plantea dos elementos: la imposibilidad de protección judicial de los DESC, debido a su naturaleza de derechos de aplicación progresiva, cuya regulación corresponde al legislador, y la imposibilidad de una realización inmediata y universal de los mismos, debido a la carga financiera que representarían para el Estado. Son representativos de esta postura, economistas neoliberales y miembros de la Junta Directiva del Banco de la República.

La tercera tendencia la abandera Rodrigo Uprimny, quien intenta reconciliar las dos anteriores. Alude a un "empate teórico" entre ellas. Argumenta que tanto en la posición que defiende una justiciabilidad de los DESC, como en aquella que la descarta, pueden encontrarse razones válidas que es inconveniente desdeñar. Sostiene esta tendencia intermedia que resulta adecuado reconocer una gradación en la justiciabilidad de los DESC, pues es un hecho que se refleja en la práctica judicial que concede diversos niveles de protección a estos derechos.

### **Argumentos en favor de la justiciabilidad**

Los DESC son derechos fundamentales en la medida en que incorporan en su naturaleza jurídica valores esenciales de la dignidad, autonomía y libertad humana, de manera que su realización no puede dejarse exclusivamente a la negociación política por parte del poder legislativo. Al ser estos derechos precondiciones para la participación democrática deben sustraerse de la cambiante discusión política en el Congreso, pues son *per se* reglas de la democracia; por su importancia, debe aceptarse que el poder judicial también tiene un papel activo en su reconocimiento, de modo que, mediante sus providencias, los jueces pueden protegerlos y obligar a su realización si fuere necesario a las autoridades públicas.

La pregunta que surge forzosamente reconociendo que los DESC son derechos exigibles es cuándo y cómo se pueden reclamar los DESC ante el poder judicial. Las respuestas tienen matices, como se observará en las tesis de Arango, Chinchilla y Dueñas<sup>10</sup>, que repasaremos ahora.

### **Argumentos de Rodolfo Arango**

En su postura teórica, Arango no se refiere a los DESC en general, sino a los derechos sociales fundamentales que, en su criterio, son la base de una Constitución democrática. La función de los derechos sociales es incluir a los excluidos, por lo que tienen un papel relevante en las organizaciones políticas disfuncionales que caracterizan a las sociedades de países periféricos o semiperiféricos. La inclusión de los sectores menos aventajados socialmente permite reforzar el orden constitucional, al concretar los principios que inspiran al Estado social de derecho, y lograr con ello su legitimación.

Los derechos sociales plantean grandes interrogantes al funcionamiento del proceso político en una democracia. Uno de ellos es qué hacer cuando en sociedades

<sup>10</sup> Existen otros autores que se han expresado a favor de la justiciabilidad, entre ellos, Díaz (2001) y López (2005).

disfuncionales como la colombiana se presenta renuencia u omisión del legislador frente a los derechos sociales. El principio democrático de separación de los poderes señala como competencia del legislador decidir sobre el gasto público. Según Arango, pese a ello, los jueces no pueden permanecer neutrales cuando las decisiones políticas no se toman y termina recayendo sobre ellos el peso de la legitimación de las instituciones. Eso los aboca a emitir mandatos a los otros poderes, que implican orientación del presupuesto, en la medida en que buscan satisfacer las necesidades de la población más vulnerable, no resueltas en el escenario legislativo.

La dificultad estriba en dilucidar cuándo la protección judicial de los derechos sociales es legítima en el marco del Estado social de derecho. Arango (2003) justifica un activismo judicial de los tribunales constitucionales para resistir los impactos de la globalización económica sobre la vida de las naciones del Tercer Mundo y defiende la intervención del poder judicial para reconocer los derechos sociales de las personas en situaciones de necesidad individual o de déficit estructural de recursos, pues corresponde al Estado mantener la igualdad de oportunidades corrigiendo las asimetrías socioeconómicas que puedan lesionar intereses esenciales de los individuos (Arango 2005, 151).

Arango parte de un principio de realidad para hablar de los derechos sociales fundamentales. Se remite a dos cuestiones básicas: la visibilización concreta de las relaciones entre derechos y mercado y la aseveración de que las normas constitucionales sólo son realizables en el contexto de la realidad concreta que pretenden regular.

Para empezar, se opina que es necesario desmontar el ideal del libre mercado postulado por los economistas neoclásicos como adjudicador óptimo de los derechos. Este modelo presupone una relación ideal y abstracta entre derechos y mercado, en la medida que concibe la dinámica de los intercambios de bienes y servicios entre actores racionales, como relaciones que se dan en idénticas condiciones de igualdad y libertad. Al ser así, el mercado se autorregula y al Estado sólo le corresponde actuar allí donde se presenten fallas en el libre flujo de los negocios. En consecuencia, Nozick (1988, 117) propuso que el Estado mínimo era el único poder moralmente justificado y toda actuación que sobrepasara los límites de la autorregulación imponiendo obligaciones a las personas, violaba sus derechos naturales.

Arango entiende que el mercado no es absoluto ni autónomo. En la concepción ideal del mercado no se explicita que el Estado y, en la práctica, toda la sociedad, subvenciona los costos de transacción que requiere el libre flujo de las mercancías (la administración, la policía, los jueces, etcétera). Se encubre esta realidad manteniendo artificialmente separados al mercado y al Estado. En razón de ello el autor opta por una comprensión real entre derechos y mercado desde la cual se pueda constatar que existen diferencias entre los individuos que devienen de las necesidades, aptitudes, capacidades y recursos que tienen para llevar a cabo sus fines. Esta verificación pone la cuestión de las libertades y de la igualdad de oportunidades en un plano de realidad sobre el cual es más creíble hablar del aseguramiento de los derechos.

Es imperativo entonces contextualizar los derechos para que las estrategias de exigibilidad de los mismos sean coherentes con las condiciones bajo las cuales se



hacen posibles. En atención a esto el profesor Arango delimita la justiciabilidad de los DESC a ciertas circunstancias fácticas en las que una persona se encuentre en un estado de extrema urgencia o necesidad. En su perspectiva, no puede el Estado intervenir en la esfera de autonomía individual pues su papel en la protección de los derechos sociales es subsidiario y depende de supuestos de hecho que generen un grave estado de desprotección; la vulnerabilidad otorga un poder legítimo de reclamación judicial de los derechos sociales, advirtiéndose que de no ser atendida la demanda de protección invocada por las personas necesitadas se provocaría un daño injustificado a su dignidad e intereses.

No cabe pues en la teoría de Rodolfo Arango pensar en un papel proactivo del Estado para el aseguramiento y protección de los derechos sociales pues estos se concretan primero en la esfera de la autonomía individual y de las relaciones privadas, y sólo en segunda instancia son competencia estatal. Si se asume que el mercado no es natural sino es una realidad preconstituida y motivada por el Estado, corresponde al Estado evitar que éste en su dinámica anule o afecte gravemente la libertad y la igualdad reales de las personas; pero su intervención es subsidiaria y opera allí donde se requiere asegurar condiciones reales para el ejercicio de las libertades y los derechos y evitar daños inminentes.

En este contexto se despliega la tesis central del autor sobre la justiciabilidad de los derechos sociales a partir de un concepto evolucionado de los derechos subjetivos. Este concepto adecua la interpretación constitucional al ejercicio práctico de los derechos, ayudando a descubrir las condiciones formales y materiales que permiten su protección judicial.

Anota el profesor Arango que las objeciones sobre la indeterminación y la imposibilidad de los derechos sociales se superan cuando se parte de un concepto evolucionado de derechos subjetivos, en el cual no sólo se encuentren los elementos estructurantes de lo que es un derecho sino además los criterios que permiten establecer su posible violación. Este concepto de derecho subjetivo se define como

posiciones jurídicas cuyo no reconocimiento le ocasiona a su titular un daño inminente sin justificación jurídica. Las posiciones jurídicas son condiciones necesarias para los derechos subjetivos. La norma jurídica y la obligación jurídica no son características suficientes del derecho subjetivo (Arango 2005, 56).

Las posiciones jurídicas se fundamentan en las razones válidas y suficientes que puede alegar la persona marginada o discriminada en vista de las cuales se adopten medidas positivas de amparo de sus derechos sociales.

En este concepto evolucionado de los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos se deben distinguir a criterio del autor cinco elementos: la posición normativa, las razones válidas, las razones suficientes, el no reconocimiento injustificado de la posición normativa y la inminencia del daño individual. Este último elemento es la pieza clave para superar el problema de la indeterminación del objeto del derecho. Dice que en presencia de una "situación de urgencia es claro lo que tiene y debe hacerse", excepto en casos trágicos que imponen al obligado un riesgo no exigible.

Un punto que debe destacarse de la aplicación del concepto evolucionado de derecho subjetivo que propone el autor, es que permite el reconocimiento de los derechos sociales mediante una argumentación contra-fáctica. Quiere decir esto que una posición jurídica determinada debe ser aceptada cuando se demuestre al juez, razonada y suficientemente, que de no reconocérsele el amparo que se le pide, ocasionaría un daño inminente o amenaza a los derechos de la persona.

El concepto de los derechos subjetivos acogido por Arango está en estrecha relación con las teorías del riesgo y de la responsabilidad. En estas teorías se muestra que la satisfacción de las necesidades básicas o vitales de una persona o colectividad dependen de la diligencia y oportunidad con que actúen o no los obligados (principales y subsidiarios). El criterio de la urgencia resuelve el problema de la indeterminación del objeto del derecho y de los titulares del derecho. El no reconocimiento de la posición jurídica que causa el estado de urgencia es injustificado si el obligado principal no cumple con su deber de realizar el derecho, y consiguientemente si el obligado subsidiario —el Estado— omite actuar para satisfacer el derecho.

¿Por qué el Estado en materia de derechos sociales sólo puede cumplir un papel subsidiario? En la perspectiva de Rodolfo Arango los derechos sociales adquieren la naturaleza de derechos subjetivos fundamentales, es decir, derechos justiciables, cuando existen los supuestos de hecho que ponen a los titulares en una situación de riesgo de tal naturaleza que compelen al Estado a intervenir para su protección. En un Estado constitucional y social de derecho basado en el respeto de la dignidad humana, la arquitectura con base en la cual funciona la democracia debe reconocer y actuar frente a los factores de hecho y a las contingencias sociales y naturales que amenazan la libertad y la igualdad de las personas y colectividades.

Sin embargo, el Estado debe permanecer neutro y no intervenir en el normal curso de las relaciones sociales. Son los individuos de forma autónoma quienes deben enfrentar primeramente los retos de la existencia, en segunda instancia le toca al Estado asegurar que las personas en estado de menesterosidad ejerzan su libertad e igualdad reales. El principio de subsidiariedad (Arango 2005, 156) sucede allí donde

el Estado está obligado a una actuación positiva, cuando las condiciones formales y materiales para el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales se encuentran dadas. Las desigualdades fácticas, como las incapacidades físicas y mentales, la pobreza o las deficiencias del mercado para la satisfacción de necesidades básicas, son condiciones materiales relevantes, más no suficientes, para el reconocimiento de derechos sociales fundamentales. La razón de ello es que de una desigualdad fáctica (ser) no se puede deducir un deber de igualdad material (deber ser). Se requiere, además, de argumentos normativos adicionales que posibiliten la individualización de una posición normativa y exijan su reconocimiento so pena de vulnerar el ordenamiento jurídico (Arango 2001a, 146).

Visto lo anterior, la ponderación del supuesto de hecho (metodología consecuencialista), o de la situación individualizada de urgencia que reclama una actuación positiva del Estado, y que se convierte en constitucionalmente exigible, es la base para determinar cuándo un derecho social se torna fundamental.

Con este enfoque se relativizan algunos criterios utilizados por la doctrina para fijar la fundamentabilidad de los derechos. Uno de ellos es el argumento de la inmunidad según el cual para que un bien social sea derecho fundamental debe ser inmune al legislador y a la política. Esta condición no es aceptable en sociedades de bajo desarrollo en las cuales los niveles de necesidad son tan amplios que exigen siempre una participación activa -aunque subsidiaria- de parte del Estado.

Finalmente, podríamos sintetizar este apartado, siguiendo a Uprimny y a García (2002, 275), que la fundamentación dogmática de los derechos sociales propuesta por Rodolfo Arango se hace sobre la base de un modelo que se desplaza desde el contenido de los derechos hacia las situaciones fácticas de urgencia que puedan afectar a los individuos, situaciones que definen la titularidad de derechos subjetivos sociales. El eje del enfoque se construye sobre la base de tres conceptos centrales: libertad fáctica, justicia compensatoria y dignidad humana como fuente de obligaciones. El primer concepto de libertad fáctica alude a las condiciones materiales que posibilitan, o no, la toma autónoma de decisiones por parte de las personas y el goce de sus libertades individuales. El segundo concepto fuerte es el de justicia compensatoria que se atribuye como función correctora de la justicia constitucional y, el tercer concepto, el de dignidad humana como fuente de obligaciones del Estado correlaciona de alguna manera los anteriores bajo la tesis que cuando las condiciones fácticas conllevan a un atentado contra la dignidad, corresponde al Estado, por medio de los jueces, acudir en auxilio de la persona necesitada que no puede vivir autónomamente y, de no hacerlo teniendo tal obligación, ocasionaría un daño a sus derechos fundamentales.

### **Argumentos del profesor Tulio Elí Chinchilla**

Tulio Elí Chinchilla ha explicado que con la Carta constitucional de Colombia de 1991 se produjo un giro metodológico en la interpretación de los derechos fundamentales en Colombia que supera el concepto civilista de derecho subjetivo, en cuyo molde la existencia de un derecho depende de que se señalen obligaciones claras y mecanismos garantes para su cumplimiento. Por el contrario en la nueva visión, los derechos fundamentales sencillamente son derechos porque se consideran situaciones valiosas para las personas y por ende son consagradas por el ordenamiento jurídico, lo que supone una carga valorativa o moral implícita o explícitamente reconocida en ellos. Por esto desde un punto de vista interno del derecho, los derechos fundamentales expresan una fuerza expansiva que convoca un conjunto de deberes positivos o negativos, especiales o generales, sobre algunas personas e instituciones, que están impelidas por ello a buscar inmediatamente todos los recursos protectores de corte administrativo, judicial, o de control, etc. a fin de optimizar su tutela eficaz.

Los derechos fundamentales como derechos constitucionales que son tienen un especial carácter vinculante que trasciende el concepto positivista de los derechos subjetivos:

(...) según Kelsen, si la norma no ha impuesto al sujeto B un deber específico Y, entonces el derecho subjetivo X de A no existe; y en tal caso habría que esperar a que la ley estableciera Y para que el juez pudiera tutelar X, pero nunca sería posible hacerlo a partir de afirmaciones

como "toda persona tiene una dignidad intrínseca" o "las personas nacen libres". En cambio, para el nuevo punto de vista que se sostiene respecto al concepto de derecho fundamental, no es necesario esperar tanto, pues basta con que el operador jurídico cuente con un enunciado normativo del tipo "A tiene derecho a X" para derivar de él un conjunto de deberes Y de diversa índole ( $y_1, y_2, y_3, y_n$ ) sobre uno o varios sujetos institucionales o particulares B ( $b_1, b_2, b_3, b_n$ ), y para derivar de él un conjunto de garantías G idóneas para su protección en casos de violación o amenaza ( $g_1, g_2, g_3, g_n$ ), sin importar que ninguna norma positiva mencione siquiera a B (sujeto obligado) ni haya determinado cuál es el contenido del deber Y ni el procedimiento judicial G. Y el único límite en dicha búsqueda lo constituyen los principios básicos del modelo político-jurídico constitucionalizado principios como el de legalidad del gasto público (sólo órganos de representación lo pueden decretar), la separación e independencia de los poderes públicos, la autonomía judicial, la seguridad jurídica, el debido proceso, etc., que sirven como freno de ponderación razonable a la casi incontestable fuerza expansiva que comporta la afirmación fuerte "tener un derecho fundamental (...)" (Chinchilla 1999, 27).

La cuestión frente a estas premisas es si los DESC en este marco de interpretación son derechos fundamentales justiciables. La posición del autor es ambivalente. Acoge en primera medida la línea jurisprudencial de la Corte sobre que los derechos sociales son fundamentales sólo en conexidad con la dignidad humana (SU-111 de 1997), por lo cual poseen un contenido moral incuestionable. Pero en segunda instancia defiende una posición más avanzada aduciendo que los derechos fundamentales al ser categóricamente derechos morales merecen un grado de protección inmediata, comenzando por el legislador que debe configurarlos y disponer las condiciones materiales para su realización.

Así en sociedades periféricas en las cuales el legislador omite la realización de los DESC, afirma que corresponde a los jueces ordenar en sus providencias su materialización así éstas impliquen la ruptura del principio de la legalidad del gasto público. Los derechos fundamentales poseen una fuerza expansiva derivada de su fuente moral que irriga a todo el orden constitucional por eso mismo los jueces tienen una responsabilidad jurídica, ética y política en su protección.

En casos excepcionales el derecho constitucional comparado ha desarrollado una hermenéutica que amplía el catálogo de los derechos fundamentales a los derechos sociales o programáticos. Cita un fallo de 1951 del Tribunal Constitucional Alemán (Chinchilla 1999, 76), en el que se reconoció que la omisión legislativa injustificada y arbitraria que impide que el Estado Social de Derecho preste asistencia social a los más necesitados, hace que surjan derechos subjetivos para reclamar el mínimo vital por vía jurisdiccional.

Explica el autor que la misma línea de interpretación ha sido acogida desde 1992 por la Corte Constitucional en nuestro país al hacer triunfar la tesis amplia según la cual no existe en la Carta Política un listado cerrado de derechos fundamentales, como lo interpretó la exégesis formalista frente al Título II Capítulo 1<sup>11</sup>. Otros derechos no contemplados en él adquirirían esa naturaleza por medio de la figura de la conexidad

<sup>11</sup> Existe una tesis restrictiva de los derechos fundamentales en nuestro medio. Según una visión de carácter exegético defendida por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado los derechos fundamentales estarían referidos a aquellos derechos taxativamente señalados en el Título II Capítulo 1 de la Constitución y el artículo 44. Este enfoque ha procurado delimitar el

unas veces, y en otras ocasiones por aplicación directa debido a que la Constitución posee fuerza normativa y sus preceptos en consecuencia tienen eficacia, no son sólo principios políticos o filosóficos.

Siendo esto así, los DESC poseen eficacia jurídica por el sólo hecho de tener rango constitucional y estar en conexidad con la dignidad humana. Este hecho le otorga legitimidad al juez dentro del Estado Social de Derecho (sentencias T-406 de 1992; C-051/93) para la búsqueda de la justicia material y la realización de estos derechos. Esto es más cierto en un contexto como el colombiano en el cual los niveles insostenibles de pobreza des-legitiman al sistema político y abocan al poder judicial a llenar ese vacío de democracia.

### **Argumentos de Oscar Dueñas**

El doctor Oscar Dueñas ha defendido el carácter humanista y garantista que la Corte Constitucional le ha dado a su jurisprudencia a través de la cual ha ido haciendo realidad el carácter social del Estado constitucional, especialmente en lo tocante a la protección y desarrollo de los derechos relacionados con la seguridad social. Valora más los aportes de la Alta Corporación por haberse llevado a cabo en medio de las reformas restrictivas impuestas por los neoliberales y por haber estimulado una nueva hermenéutica de los derechos constitucionales, aunque también es consciente que antes de la reforma de 1991 "también hubo miles de jueces justos y de fallos justos" (Dueñas (2004a,120).

La tensión entre economía y derechos ha corrido paralela al desarrollo de la jurisprudencia constitucional. Mientras en la Constitución se proclamó la cláusula del Estado social de derecho, la práctica social y política tiende a un desmonte de los derechos sociales para convertirlos en mercancías reguladas por el mercado. Una serie de conceptos incluidos en la Constitución a través de los cuales se buscaba una relegitimación del Estado de bienestar (como las nociones de principio de solidaridad, democracia participativa, desarrollo sostenible, prioridad del gasto social, etc.) son fórmulas vacías, pues el desarrollo legislativo se inclina hacia el equilibrio financiero de los agentes económicos encargados de gestionar los recursos y las prestaciones asistenciales que se reconocen a la ciudadanía.

La traducción de los derechos sociales en mercancías en Colombia se refleja en una crisis humanitaria en materia de pensiones y salud. Ello explica el creciente uso de la acción de tutela por parte de la ciudadanía para defender estos derechos y también la evolución de una jurisprudencia con un fuerte cariz garantista. Entre 1992 y enero de 2004 llegaron a la Corte Constitucional 850.569 expedientes de tutela, más de la mitad motivados por reclamaciones de los derechos a la salud y a las pensiones; especialmente creciente es la interposición de tutelas para amparar estos derechos entre 1999 y

---

espacio protector de la acción de tutela a los derechos individuales (con excepción del derecho al trabajo y a la paz). En otra versión aún más limitativa se ha defendido que los derechos fundamentales son los derechos de aplicación directa o inmediata listados en el artículo 85 de la Constitución. Para profundizar en este debate consúltese Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (1997).

2004, período de cinco años en el cual la Corte recibió 659.832 fallos de tutela para su eventual revisión, siendo el 23% de ellos originado en casos de violaciones al derecho a la salud y 24% por pensiones (Dueñas 2004b, 14–16).

El profesor Dueñas frente a la justiciabilidad de los derechos sociales, y en particular de la seguridad social, acoge en general el criterio de la conexidad utilizado por la Corte Constitucional como la mejor respuesta posible para amparar derechos que inicialmente no son considerados fundamentales. Dentro de las tesis que resalta de la línea jurisprudencial en materia de seguridad social (Dueñas 2004b, 18 y ss.), dice que la seguridad social es un derecho subjetivo (T-1752 de 2000), lo que implica su inmutabilidad e intangibilidad y su condición de derecho justiciable. Aunque se muestra en desacuerdo con la Corte al no reconocer *prima facie* el carácter de la seguridad social como derecho fundamental, avala su protección a través de su conexión con otros derechos, por enumerar sólo algunos casos: con el derecho de petición (T-01 de 2003), con el derecho al reconocimiento (T-235 de 2002), con el derecho al debido proceso (T-827 de 1999), con el derecho a la igualdad (T-1016 de 2000), con el derecho al mínimo vital (T-631 de 2002) y mayoritariamente con el derecho a una vida digna (SU-995 de 1999, T-129 de 2002).

Oscar Dueñas reiteradamente en sus escritos ha manifestado reservas frente al método de la ponderación para decidir casos de derechos sociales fundamentales<sup>12</sup>. Señala que tal método pone en peligro la jurisprudencia garantista que puede ser capturada o funcionalizada para los propósitos del sistema económico vigente, pues se acepta tácitamente que los mandatos de optimización son para los derechos de libertad mientras los mínimos son siempre para los derechos sociales (Dueñas 2004b, 18).

El objetivo oculto de esta ponderación con clara finalidad economicista –avalada por las reformas judiciales apoyadas por el Banco Mundial– que obliga a los jueces a mirar primero los efectos económicos de sus fallos (consecuencialismo) antes que la legitimidad y razonabilidad de las pretensiones para amparar los derechos, es limitar la justiciabilidad de los DESC. Este desequilibrio en la ponderación que optimiza a las libertades y minimiza a los derechos sociales contribuye al debilitamiento de un Estado de bienestar. Por lo mismo propone:

Lo ideal es que el mandato de optimización con fundamento especialmente en la dignidad humana, sea tanto para los derechos de libertad como para los derechos sociales. Es esta la forma de ver la ponderación el gran desafío para un modelo de estado en una época de transición como la que actualmente vive la humanidad e implica un enfrentamiento radical contra el modelo neoliberal (Dueñas 2004b, 56).

La argumentación jurídica es un recurso que por supuesto no se debe desestimar pero tampoco idealizar. La tesis de que deben triunfar los mejores argumentos debe someterse a crítica pues bajo la apariencia de un discurso que se autoproclama democrático abierto, imparcial y neutro se imponen criterios que alejan al derecho de las verdaderas soluciones sociales que le reclama el país. Dice Dueñas:

<sup>12</sup> Véase por ejemplo Dueñas (2004a, 23 y siguientes).



La legitimidad de los fallos judiciales deja de apuntar al orden justo y se dirige hacia el reconocimiento de los 'argumentos fuertes' y su degradación: 'las bellas sentencias. Pero resulta que en primer lugar no hay raciocinios neutros (...); en segundo lugar los llamados argumentos fuertes no siempre son los más equitativos porque la abstracción puede afectar situaciones concretas que se consideran justas; y en tercer lugar, porque quienes califican si los argumentos son fuertes o no son las mismas personas que detentan el poder... y son ellos quienes dicen si el discurso es racional, poniendo como punto de referencia, hoy en día, la argumentación académica de los economistas neoclásicos y su defensa del mercado y del individualismo (Dueñas 2004a, 25).

## Argumentos contra de la justiciabilidad

En lo expuesto antes, se encuentran las posiciones que aceptan cierto grado de justiciabilidad de los DESC, aunque ninguna de ellas afirma su condición de derechos fundamentales susceptibles de protección judicial directa. Corresponde a continuación estudiar las posiciones conservadoras que cuestionan los DESC como derechos en sentido estricto y, en concordancia, descartan su calidad de justiciables.

Varios argumentos atacan la fundamentalidad de los DESC y la posibilidad de su justiciabilidad. Entre ellos se destacan dos: uno alude a la falta de legitimidad democrática de los jueces para tomar decisiones sobre los derechos sociales, pues estos últimos, al ser indeterminados, obligan a los jueces a precisarlos, labor que corresponde más bien a los poderes legislativo y ejecutivo.

El segundo argumento es el de la inadecuación procesal. Según él, el proceso judicial es una mala vía para ventilar y decidir sobre controversias de derechos sociales, pues los jueces carecen de información adecuada sobre los actores de la relación jurídica y sobre los contenidos obligacionales de que tratan; además, pesa un problema de arbitraje de recursos, que va más allá de su órbita de actuación.

Veamos el primero con más profundidad. Como se dijo, los DESC son indeterminados. Se les critica que son derechos de "textura abierta", o que son preceptos ambiguos, pues no se sabe con certeza lo que protegen y en qué medida. Como vimos en el acápite anterior se ha respondido a este cuestionamiento con los argumentos de la teoría de la necesidad y con la noción de la conexidad de los derechos sociales con los derechos considerados fundamentales. Sin embargo, si bien estas respuestas permiten en algunos casos la justiciabilidad de los DESC, no resuelven el fondo del problema de su consideración como derechos en sentido estricto.

El segundo argumento señala que la asignación o declaración de derechos por vía judicial de acuerdo con los criterios de necesidad y subsidiaridad hace que ellos, económicamente, no sean viables: el juez constitucional no puede reconocer derechos *erga omnes* ("para todos y contra todos") pues no tiene la legitimidad ni el poder para adoptar decisiones de este tipo, sólo atribuibles al legislador.

Adicionalmente, se argumenta la no universalidad de los DESC y, por ello, la imposibilidad de su cumplimiento: los DESC no son derechos fundamentales y exigibles a través de la administración de justicia porque no son universales y no pueden cumplirse todos al mismo tiempo. Ellos implican prestaciones y gastos de recursos que son escasos desde una perspectiva de realismo económico que no se puede soslayar.

En la práctica, estos argumentos se expresan en los debates dados alrededor de sentencias de tutela y de inconstitucionalidad que tienen efectos macroeconómicos. Eso se conoce como "dilema contramayoritario"<sup>13</sup>. La creación y reconocimiento de derechos que ha hecho la Corte y la modulación que hace en sus sentencias en las que decide gasto público o manda adoptar políticas sociales, no sólo sustituyen al órgano de representación popular, sino que refleja un problema de falta de técnica en la arquitectura constitucional de 1991 que resulta a la postre bastante onerosa en términos económicos para el funcionamiento del sistema. Tras estas exposiciones se han venido abriendo paso propuestas que tienden a justificar reformas estructurales a la justicia constitucional, que buscan recortar el control de la Constitución sobre la economía y la tutela de los derechos sociales. Más adelante volveremos sobre este aspecto de las reformas.

Se censura a la Corte porque en sus catorce años de jurisprudencia ha amparado ampliamente reclamaciones atinentes a derechos sociales, con lo que da trámite favorable a pretensiones económicas que no toman en cuenta las restricciones presupuestales. Se dice que ha hecho caso omiso del artículo 80 de la Constitución que taxativamente indica cuáles son los derechos de aplicación inmediata y a la previsión de tener a los derechos sociales como de realización progresiva en función de la disponibilidad de recursos. Se concluye entonces que con estas decisiones la Corte contribuye poco a superar las estructuras inequitativas del gasto público, pues favorece a ciertos sectores sociales privilegiados, a los que adjudica prioritariamente los recursos, cuando son otros los que los necesitan.

Este proceder rompe la disciplina fiscal en la que se han comprometido los últimos gobiernos y se menoscaban las garantías necesarias para que el Estado o los particulares provean a la sociedad bienes meritorios. Tampoco reconoce que existen restricciones presupuestales que no se pueden ocultar y que imponen una racionalización en la asignación del gasto público, de lo cual derive una mayor justicia en su distribución. Salomón Kalmanovitz (2000, 18) ha indicado que esta línea de conducta de los magistrados revela una especie de populismo: se pone énfasis en aquellas partes de la

<sup>13</sup> El dilema contra-mayoritario cuestiona la carencia de fundamento democrático que pueda sostener y avalar la actuación del poder judicial como controlador de la constitucionalidad de los actos de los otros poderes. Las objeciones a este poder de control constitucional se pueden sintetizar así: a) el nombramiento de los jueces en la mayoría de los ordenamientos está reservado a la discrecionalidad de los otros poderes y no se hace mediante el ejercicio del sufragio directo y universal; 2) la duración en los cargos judiciales no es coherente con los ideales democráticos de un cambio continuo entre los detentadores del poder; 3) el tribunal constitucional como controlador de los actos de los otros poderes públicos a la luz de la Constitución, se convierte en un contrapeso excesivo y a la vez no controlable por los poderes que sí encarnan la voluntad popular; 4) la función de los jueces no garantizaría el proceso democrático que instaura la Constitución pues, al no ser representativos del pueblo y siendo, en principio, inamovibles en sus cargos, no podrían decidir en favor de los intereses de aquél. De estas constataciones sobre la falta de legitimidad democrática de los jueces constitucionales surgen inquietantes preguntas, entre ellas: ¿puede el más antidemocrático de los poderes estar investido de la atribución de validar o no las decisiones de los poderes que tienen origen democrático? ¿Es legítimo que un poder que se encuentra separado del consenso popular tenga la potestad de decidir en última instancia lo que conviene al orden institucional-democrático? ¿Se justifica semejante poder de arbitraje en una democracia pluralista?

Constitución referidas a los derechos económicos, sociales y culturales que traen promesas difíciles de cumplir para un país con un precario desarrollo productivo y unas notables dificultades tributarias, que vuelven inviables estos derechos: no hay recursos con qué financiarlos y para obtenerlos, primero debe volverse eficiente economía.

Los críticos de los fallos de la Corte Constitucional con contenido económico, muchos de los cuales han perturbado los intereses del capital financiero, sostienen que con tales providencias se ha roto el principio democrático de la división de poderes: se desbordaron las estrictas competencias que señala el artículo 241 de la Carta constitucional a la Corte, que en ninguna parte le da potestad para co-legislar. Se dice que en estas sentencias se observa que la Corte provoca una "usurpación" de las competencias del Congreso, del poder ejecutivo y de la Junta Directiva del Banco de la República. Que en la llamada modulación que hace de sus fallos, la Corte ha impuesto en forma perentoria ciertos comportamientos al gobierno, que sólo podrían ordenarse en sede legislativa y, lo peor, advierten los críticos, es que estas cargas las ha establecido de manera obligatoria, pues ella misma ha dispuesto que su jurisprudencia es fuente formal obligatoria de derecho. En otro tipo de sentencias, llamadas integradoras, aditivas o sustitutivas, la Corte se ha abrogado la facultad de llenar vacíos de la ley con criterios constitucionales, cuando la interpretación auténtica sólo corresponde al legislador como creador de las normas (sentencia C-806 de 2001).

Algunos dicen que las cuestiones atinentes al debate económico son potestativas en el sistema democrático de la política y no de decisiones judiciales con efecto de cosa juzgada, que cierran la deliberación pública (Botero 2000, 44). Así, los fallos con mandatos económicos emitidos por la Corte Constitucional son, además de antidemocráticos, antitécnicos, pues los emiten magistrados que son legos en economía y no valoran racionalmente los efectos sistémicos que producen sus fallos en la estabilidad de las finanzas públicas. Dichos fallos con carácter general descompensan el manejo fiscal, alteran el normal desarrollo del mercado, ocasionan ineficiencia económica y alejan al Estado de las políticas que crean bienestar social<sup>14</sup>.

Un problema grave para los críticos de la Corte es que esta corporación se arroga poderes que no tiene. Así, para justificar la discrecionalidad con la que actúa, aplica la metodología de la modulación de los fallos, de acuerdo con la cual el control de constitucionalidad no se enmarca estrictamente en la disyuntiva de conservar las normas sometidas a su examen o expulsarlas del ordenamiento jurídico. Cuestionan la

<sup>14</sup> Acerca de los efectos de los fallos de la Corte en el gobierno del presidente Pastrana, decía un artículo de la Revista Dinero: "(...) tan solo tras una semana de tumbar el Plan de Desarrollo, la Corte aumentó retroactivamente los salarios de más de 600.000 empleados públicos. La decisión representa un costo fiscal enorme: \$1,1 billones este año. Si esta decisión se mantiene de manera indefinida para los años venideros, el costo es de 5.000 millones de dólares en valor presente. El programa de disciplina fiscal se ha puesto contra la pared y el gobierno ha tenido que recortar la inversión pública, los programas sociales y el gasto militar (por más de \$300.000 millones en el último caso). La decisión, a pesar de invocar el principio de equidad, genera también un enorme efecto regresivo sobre la distribución del ingreso. Según cálculos de Dinero, el coeficiente Gini aumenta 0,6 puntos con la decisión que favorece particularmente a los quintiles 4 y 5 de la escala social" (Revista Dinero 2000, 116 y siguientes).

afirmación de la Corte acerca de que puede graduar sus decisiones frente a las normas sometidas a su conocimiento. Ella lo argumenta diciendo que puede incorporar diversas maneras de interpretarlas y explicar en qué circunstancias aquellas normas son conformes con la Constitución y en qué otras no son armónicas con ella (sentencia C-496 de 1994 sobre constitucionalidad condicionada).

También la Corte se ha atribuido el poder de decidir cuándo y cómo han de cumplirse sus fallos con contenido económico. Aunque la regla general señala que las sentencias judiciales, entre ellas las de inconstitucionalidad, tienen efecto inmediato, el Alto Tribunal ha dispuesto que los efectos de ciertas sentencias sólo se produzcan a partir de una fecha futura (sentencia C-221 de 1997) o que sus efectos sean retroactivos (sentencia C-1433 de 2000). A juicio de los detractores de la Corte, con fallos de esta naturaleza se crea una gran inseguridad jurídica pues, contradictoriamente, se mantienen vigentes en el ordenamiento normas que se han declarado contrarias a la Constitución o se eliminan otras con efectos retroactivos. Sobre cuya base se habían consolidado situaciones jurídicas particulares o derechos adquiridos, que pierden así todo su sustento y estabilidad.

Hasta ahora hemos dicho que la inadecuación procesal se debe a que los jueces son legos en materias económicas. Pero también los críticos de la justiciabilidad de los DESC aducen que los procesos judiciales son estrechos para tramitar casos complejos de DESC. Por un lado, es diferente cuando la legitimación en materia de derechos fundamentales (derechos civiles y políticos) es un asunto individual que sólo atañe al titular que reclama su derecho, a cuando una persona reclama un DESC mediante un proceso y la decisión judicial que se profiere tiene efectos generales que comprometen decisiones presupuestales que no está en manos de los jueces tomar. Si las toman, no consideran los efectos sistémicos de sus decisiones al alterar la adjudicación democrática y las prioridades del gasto social, dado que "dar a alguien algo, implica quitarle algo a otro".

Una cuestión queda rondando en el ambiente al mirar estos argumentos: ¿si los DESC no son justiciables, hasta dónde pueden considerárseles verdaderos derechos? Las tesis de la justiciabilidad subsidiaria y de la conexidad tampoco satisfacen la pretensión de defender la noción de derechos sociales fundamentales en sí, como examinaremos posteriormente.

### **Tesis del empate teórico y de los grados de justiciabilidad**

Rodrigo Uprimny sostiene que en este debate hay un "empate teórico" (De Roux y Ramírez 2004a, 12 y Uprimny y García 2002, 68), en la medida en que hay tesis convincentes tanto de parte de quienes están con la justiciabilidad de los DESC, como de parte de quienes se le oponen. Afirma que, en consecuencia, el debate está mal planteado: sitúa la reflexión en la disyuntiva de si se acepta o no la justiciabilidad. Dicho en otras palabras, si los derechos sociales se hacen efectivos mediante la política o mediante la justicia. Dice que lo importante sería preguntarse acerca de las formas de justiciabilidad más adecuadas, desde un punto de vista progresista, de los derechos sociales en una democracia constitucional.

En torno a la justiciabilidad de los DESC, hay planteamientos polémicos. Se le ataca desde posturas conservadoras y desde otras progresistas. La tesis básica de este autor es que debe aceptarse algún grado de justiciabilidad de los derechos sociales, pues ello es una condición que cualifica a una democracia. Sin embargo, enfatiza que lo importante en la realización de los derechos sociales en las democracias no se encuentra en su defensa judicial sino en el papel que desempeña un movimiento social democrático en su reclamación.

El autor formula otras cuestiones: si un orden justo requiere el reconocimiento de los derechos sociales y si un orden democrático pasa por la justiciabilidad, así sea en parte, de esos derechos. Las soluciones a estas inquietudes, reconoce él mismo, remiten necesariamente a un problema de fundamentación de los derechos sociales.

En cuanto a eso, dice que se pueden encontrar tanto tendencias a favor como en contra de estos derechos. Unas los defienden por ser inherentes a la dignidad de las personas y otras consideran que los derechos sociales no son propios de un orden justo, pues muestran incompatibilidad con las garantías de la libertad y la autonomía o con las reglas de autorregulación del mercado. Hayek<sup>15</sup> y Nozick son exponentes de este último punto de vista.

Aclara el autor que los ataques conservadores (y en algunos puntos, los ataques progresistas) a la justiciabilidad de los DESC se basan en cuatro tipos de argumentos:

- El de la incompetencia del aparato judicial para defender derechos sociales.
- El de la ilegitimidad de la defensa de los derechos sociales por parte del aparato judicial, pues sería antidemocrático.
- El de inconveniencia, sustentado en que, incluso si fueran competentes los jueces para amparar los derechos sociales, su intervención limitaría la profundización y radicalización de la democracia como expresión de las luchas sociales.
- El de la ineficacia de la justiciabilidad de los DESC, que alude a que tal protección no garantiza ineludiblemente su materialización.

El argumento de la incompetencia se funda en la idea de que los derechos sociales implican erogación de presupuestos públicos y los tribunales de justicia no son los mejores órganos para tomar decisiones que corresponden al debate político. Esta cuestión es particularmente cierta frente a los derechos sociales prestacionales, pues existen otros derechos sociales, como el derecho al trabajo, el derecho de huelga o el derecho de negociación colectiva, que pasan por estándares muy similares a los de los derechos civiles y políticos. Los derechos prestacionales plantean el problema de incompetencia de los jueces, pues implican tomar decisiones para organizar servicios administrativos complejos, disponer de recursos y coberturas, que no están claramente estipulados en los estándares internacionales o constitucionales. En estas materias, los jueces en estas

<sup>15</sup> Para un análisis de la posición de Hayek respecto a los derechos sociales, véase Espada (1999, 36 y siguientes).



materias no pueden tomar decisiones de alcance general, sino que deben limitarse a resolver caso por caso, pues no tendrían los elementos suficientes para visualizar globalmente el impacto de sus decisiones.

El segundo argumento, la ilegitimidad de la justiciabilidad de los derechos prestacionales, se liga con el anterior en la medida en que las decisiones de los jueces implican disposición de recursos que son por esencia limitados y que solo puede ordenar el poder legislativo. Sostiene el autor que, dado el carácter restringido de los presupuestos públicos, los jueces se enfrentan con decisiones difíciles o complejas, incluso trágicas, en torno al arbitraje de tales recursos; por ejemplo, si dar más a salud o dar más a educación a determinada población. Corresponde resolver estos asuntos en la esfera de la deliberación democrática (en el Congreso) y no a partir de la interpretación de los nueve magistrados de la Corte Constitucional, que de todas maneras constituyen una élite de la que no puede decirse que posea la autoridad democrática para entender los problemas de la ciudadanía, pues no han sido elegidos popularmente.

El tercer argumento en contra de la justiciabilidad de los DESC, que no es obligatoriamente conservador, se refiere a los resultados inconvenientes que se pueden derivar de la protección judicial de los derechos prestacionales. La concesión de derechos sociales por vía judicial estimularía la pasividad ciudadana. En vez de movilizarse activamente en favor de sus derechos, los ciudadanos confiarían más en la posibilidad de acudir al amparo judicial. Eso, terminaría debilitando al movimiento social.

Finalmente, dice Uprimny que se cuestiona el impacto real de las decisiones de los jueces en relación con derechos sociales. Si bien el garantismo en esta materia genera adeptos, los resultados de las providencias son, en la experiencia, bastante precarios. Se ha probado que el famoso fallo Brown, en Estados Unidos, que acabó con la segregación racial en el año 1953, no tuvo un efecto realmente profundo<sup>16</sup> y que a mediados de los 60 se mantenía la segregación en las escuelas del sur del país. Esa situación sólo empezó a revertirse con la movilización social y política generada alrededor de los derechos civiles en esos años.

De cara a estos cuestionamientos, puede discutirse en favor de la justiciabilidad de los derechos sociales.

### ***Respuestas ante críticas a la justiciabilidad***

En relación con el argumento de la competencia, que niega que los jueces puedan amparar los derechos sociales cuando estos son imprecisos en su contenido, Uprimny afirma que el mismo carácter abierto puede predicarse de cualquier derecho constitucional. Los tratados internacionales que consagran los derechos civiles y políticos tampoco definen muy bien sus contenidos. Como no está claro cuál es el contorno de la libertad de expresión o del derecho a la intimidad, es la práctica judicial la que, poco a poco, ha establecido estándares razonables para estos derechos. Si esto es posible en

<sup>16</sup> En el caso Brown vs. Board of Education, la Corte Suprema en Estados Unidos condenó, apelando al criterio de igualdad, la discriminación racial en las escuelas e impuso un modelo de educación integrada (véase Uprimny y García 2002, 271).



materia de derechos civiles y políticos, no hay razón para negar que la práctica judicial, la reflexión académica y la política establezcan estándares adecuados en asuntos de parecida, igual o mayor complejidad en los derechos a la salud, a la educación o a la vivienda<sup>17</sup>.

Con respecto al tema de ilegitimidad del poder judicial, en particular, de la justicia constitucional, para amparar a los derechos sociales, es insostenible el argumento de que los jueces están legitimados para delimitar el contenido de los derechos individuales y que no lo están en el caso de los derechos de carácter social, de modo que estos deben definirse en el albur del debate democrático. La protección constitucional de los derechos sociales no es incompatible con la defensa de una democracia radical o deliberativa. Así como sin libertades públicas individuales no hay posibilidad de una democracia plena, tampoco hay democracia sin la satisfacción básica de derechos sociales, más cuando todos aceptan que no hay ciudadanos verdaderamente autónomos y deliberantes que puedan participar en las decisiones colectivas cuando sus necesidades básicas no están satisfechas.

Ahora bien, aunque puede ocurrir que la intervención judicial alimente la desmovilización ciudadana, ella también ha favorecido en varios casos la movilización y con eficacia. Eso lo demostraron las sentencias sobre deudores hipotecarios que emitió la Corte Constitucional desde 1997. Ellas protegieron derechos de cerca de 200 mil familias usuarias del sistema UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante, para préstamos de vivienda). Tales sentencias estimularon formas de organización y lucha de los deudores del UPAC más allá de la estrategia judicial. Esto es relevante porque no es claro que los fallos de la Corte se hayan traducido en mayor acceso a la vivienda (Uprimny y García 1994, 490).

### ***Argumento intermedio: formas y grados de justiciabilidad***

También con respecto al tema de la justiciabilidad, Uprimny considera que en el derecho comparado existe una diversidad de experiencias, de formas y grados de justiciabilidad con los que, sin romper con el principio democrático, se ha logrado proteger los DESC.

Aquí es indispensable saber qué pretende quien busca la justiciabilidad de un derecho social, por ejemplo, del derecho a la vivienda: ¿defender el hecho de que no se puede sacar injustificadamente a nadie de su vivienda? Ese es un grado de protección judicial del derecho a la vivienda que muy pocos cuestionarían. ¿Defender la facultad de un tribunal para declarar inconstitucional un plan de vivienda que no toma en consideración los intereses de los más afectados? ¿Defender la posibilidad de construir una vivienda cuando alguien, por falta de recursos, carece de ella? Esta última pretensión sería quizá la forma más dura de protección.

<sup>17</sup> Para apreciar estos avances, pueden consultarse los estudios de la Defensoría del Pueblo, en su Programa de Seguimiento de Políticas Públicas en Derechos Humanos (Prosedher), sobre diversos derechos sociales. Por ejemplo, Parra (2003), Góngora (2003) y Molina (2005).

Esa diversidad de situaciones muestra que hay diferentes grados de defensa del derecho a la vivienda: van desde el reclamo más 'suave', que consiste en la queja contra injerencias abusivas del Estado en el domicilio; pasan por las reclamaciones 'intermedias', como aquella que le demanda a los jueces analizar los estándares de razonabilidad de los programas de vivienda, y llegan hasta la exigencia de una protección fuerte del derecho a la vivienda para personas que se quedaron sin techo por alguna circunstancia, o que no han accedido a este derecho.

Uprimny enseña las diferentes modalidades posibles de justiciabilidad de estos derechos. Para ello acude inicialmente a los argumentos expuestos por Robert Alexy y por los doctrinantes Víctor Abramovich y Christian Courtis, que han descrito variadas estrategias para reclamar por la vía judicial los derechos sociales.

El mismo autor retoma la propuesta analítica de Alexy en relación con los derechos sociales, que parte de precisar cuatro cuestiones básicas que desempeñan un papel definitivo en sus niveles de justiciabilidad. El intérprete debe determinar si estos derechos:

- Son vinculantes o no, es decir, si tienen la facultad de ser conocidos y protegidos a través de la justicia constitucional.
- Son principios o reglas, es decir, si son mandatos de optimización o mandatos definitivos.
- Se pueden pensar como derechos subjetivos o como deberes objetivos.
- Apuntan a un mínimo o a un máximo de bienestar.

Dice Uprimny que Alexy encuentra, al combinar esas cuatro variables, que existen por lo menos dieciséis formas de protección judicial de los DESC. Así, por ejemplo, mirando sólo los extremos de la protección jurisdiccional de estos derechos, se puede encontrar:

- Que el mayor grado de protección judicial posible lo poseen aquellos derechos sociales que gozan de amparo constitucional, tienen la forma de derechos subjetivos, se comportan como reglas de derecho y su cobertura es máxima. Estamos aquí, por ejemplo, frente a los derechos de libertad de asociación, de sindicalización y de huelga (artículo 8° del Pidesc).
- Que los derechos sociales que tienen el grado mínimo de justiciabilidad son aquellos para los que no existen mecanismos de protección constitucional, se expresan como deberes objetivos del Estado (como realizar programas o políticas para desarrollarlos), tienen la consagración de principios y apuntan a mínimos de bienestar, o sea, priorizan a individuos o grupos determinados (Uprimny y García 1994, 20). Por ejemplo, el derecho a la seguridad social (artículo 9° del Pidesc) o el derecho a un nivel de vida adecuado, incluso a la alimentación, al vestido y a la vivienda (artículo 11 Pidesc).

Entre estos dos extremos, son múltiples las formas y grados de justiciabilidad posibles de los DESC. Este panorama de opciones de justiciabilidad se enriquece con experiencias del derecho comparado que han demostrado diversas vías de protección

judicial de los DESC basadas en modos de reclamación directa e indirecta de estos derechos. Son valiosos aquí los aportes de los doctrinantes argentinos Abramovich y Courtis, que han catalogado estas estrategias de justiciabilidad a la luz de experiencias del derecho comparado.

Los casos de justiciabilidad directa son aquellos en los que la reclamación consiste en una exigencia de cumplimiento ante las omisiones de deberes establecidos en normas jurídicas. Por ello, se propende por órdenes judiciales que hagan efectiva la garantía positivizada.

En los casos de reclamación indirecta, se protegen ciertos derechos sociales mediante la exigibilidad de otros derechos de igual o diferente naturaleza, lo que es posible gracias a la figura de la conexidad. En especial, se acude a la protección de derechos civiles y políticos que pueden lesionarse con la violación de un derecho social; en estas circunstancias, las peticiones de protección recurren a argumentos basados en la igualdad, en el debido proceso y en la no discriminación (Abramovich y Courtis 2002, 132).

### **Síntesis**

Sobre la base de estos antecedentes, Uprimny indica cuáles son los posibles grados de garantía de los DESC (que van desde grado óptimo hasta grado precario) en diversos sistemas políticos en los que se combinan de diferentes maneras la acción de la justicia constitucional (JC) y la presencia del Estado Social de Derecho (ESD). El esquema 6 ilustra la situación de algunos países al respecto.

**Esquema 6.**

Presencia del ESD \ Presencia de la JC	Mayor presencia	Menor presencia
Mayor presencia	Alemania (garantía óptima)	Estados Unidos (garantía intermedia)
Menor presencia	Francia Inglaterra Países nórdicos (garantía intermedia)	Países subdesarrollados (garantía precaria)

*Fuente:* elaborado a partir de la cátedra sobre derechos fundamentales, impartida por Uprimny, Universidad Nacional, Bogotá, 2003.

De acuerdo con el esquema 6, Alemania reúne las circunstancias óptimas para la realización de los DESC: además de tener una justicia constitucional garantista, tales derechos se encuentran altamente protegidos por la acción positiva del Estado. Al contrario, hay países que aun teniendo una justicia constitucional fuerte, es baja la protec-

ción estatal de los DESC. Se suele mostrar como exponente de esta situación a Estados Unidos, particularmente durante las primeras décadas del siglo XX. En esos años, la Corte Suprema dejó sin piso, a partir de la cláusula del debido proceso sustantivo, una parte importante de la legislación social, por considerar que violaba la libertad contractual; en 1905, la Corte anuló leyes laborales que limitaban la jornada de trabajo a diez horas diarias o concedían ventajas sindicales anteponiendo razones económicas al consenso de las mayorías y a la búsqueda de la igualdad social.

En Francia, Inglaterra y los países nórdicos, donde no existe justicia constitucional, pueden encontrarse mecanismos de justiciabilidad poslegislativos muy eficaces en relación con los DESC. O bien, la ausencia de mecanismos judiciales se compensa con medidas administrativas adecuadas que los garantizan. Por último, gran parte de los países subdesarrollados, especialmente de América Latina, que cuentan con justicia constitucional, presentan una protección judicial precaria de los DESC, como también lo son las garantías derivadas de políticas públicas.

A partir de estas constataciones, Uprimny sugiere una clasificación de seis grados de protección judicial de los DESC (De Roux y Ramírez 2004b, 20 y 21)<sup>18</sup>, en correspondencia con diferentes experiencias nacionales:

- El primer grado de protección se encuentra en aquellos ordenamientos que conciben los DESC como normas que establecen competencias y autorizaciones a las autoridades. Es lo que acontece en la Constitución española. En estos ordenamientos se permite a las autoridades hacer cosas para el desarrollo de los DESC. En Colombia, un ejemplo de este grado de protección surge de las sentencias en las que la Corte Constitucional ha dicho que es legal la asignación de recursos públicos a programas de vivienda. Con ello, faculta a las autoridades para conceder subsidios de vivienda, incluso conociendo que la Constitución prohibió todo tipo de auxilios que no recibieran contraprestación de parte de los particulares (artículo 355 de la Constitución). Así las cosas, es muy débil la posibilidad jurídica de estos derechos.
- El segundo grado de protección se da en aquellos países donde operan las llamadas 'justicias indiferentes' a los DESC. Es decir, ocurre allí donde hay una división rígida de competencias. Sólo si el legislador los desarrolla, los DESC tienen eficacia jurídica. Se descarta el activismo judicial, pues los jueces no pueden imponerle obligaciones al legislador y sólo él puede decretar las estructuras judiciales. Conforme a esas normativas, los operadores de justicia le dan eficacia a los mandatos normativos. Este modelo es característico de países sin justicia constitucional, como Suecia.
- El tercer grado de protección corresponde a ordenamientos en los que los derechos sociales actúan como parámetros de constitucionalidad de una política o de una ley, lo que no indica que sean derechos subjetivos. Los DESC se conside-

<sup>18</sup> Todas estas posibilidades de justiciabilidad se hacen desde una posición prelegislativa de los DESC, o sea, aquella en la que el legislador no los ha configurado. En un escenario poslegislativo, el problema que se plantea es de aplicabilidad, de eficacia y eficiencia.

ran normas objetivas que condicionan en dos sentidos la validez de las políticas y de las leyes: unas veces actúan como una especie de derecho de resistencia y otras, como un derecho de avance.

Como normas objetivas de resistencia, los DESC sirven para defender las conquistas logradas en materia social, pues se rigen por el principio de no regresividad. Es decir, adoptan la forma de "derechos establecidos" con carácter negativo, pues prohíben que el Estado los intervenga o reduzca de alguna manera. En Hungría, por ejemplo, la Corte Constitucional declaró, en la transición del socialismo, la inconstitucionalidad de varias leyes que reducían estándares de derechos sociales ya reconocidos por el mismo tribunal.

Como normas objetivas de avance, los DESC facultan al poder judicial para analizar la adecuación a la Constitución y calcular la razonabilidad de una determinada regulación legal en material social. Es el caso de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional en Colombia frente al sistema de financiación de vivienda<sup>19</sup>.

- El cuarto grado de protección se da allí donde los ordenamientos legales consagran los DESC como derechos subjetivos, no absolutos, sino condicionados a que el Estado pueda enfrentar o corregir situaciones de penuria extrema en la que viven las personas; ante circunstancias de tal naturaleza, estas quedan legitimadas para reclamar judicialmente sus derechos sociales. Encuadran en este grado de protección los conocidos *contenidos mínimos vitales* previstos por la jurisprudencia alemana, que dan lugar igualmente a derechos subjetivos exigibles mediante el poder judicial.
- En el quinto grado de protección se considera que los DESC también son derechos subjetivos, pero esta vez reclamables por conexidad con los derechos civiles y políticos, en eventos en los que estos últimos transmiten a aquellos su naturaleza de derechos fundamentales. Esto sucede cuando la amenaza o vulneración de un derecho social pone en riesgo o lesiona un derecho considerado fundamental. La aplicación de este criterio de la conexidad ha sido la regla en la que se ha basado la Corte Constitucional para proteger por vía de tutela los derechos sociales en Colombia.
- En el sexto grado de protección, los DESC se consideran derechos subjetivos autónomos o directos para ciertos grupos de población. Es decir, son derechos fundamentales, reclamables en sí por los titulares habilitados para ello. Por ejemplo, el artículo 44 de la Constitución colombiana incluye muchos derechos sociales entre los derechos fundamentales de los niños y niñas.

<sup>19</sup> Entre 1999 y 2000, la Corte profirió varias sentencias (C-383 de 1999, C-700 de 1999, C-955 de 2000) sobre el sistema UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante), para enfrentar la crisis a la que este sistema de financiación de vivienda había conducido a unos 800 mil deudores hipotecarios. Entre otras medidas, la Corte ató a dicho sistema a la inflación, prohibió la capitalización de los intereses que habían hecho crecer de manera exorbitante las cuotas mensuales de los créditos y ordenó a las entidades financieras una reliquidación general de estos créditos para aliviar la situación de los deudores. Además, señaló que el gobierno debía expedir una nueva ley de financiación de vivienda en un tiempo perentorio de siete meses.

Para ser factibles, es preciso que haya una redistribución del ingreso. Si se acepta que es imposible satisfacer los derechos sociales de manera que se produzca la transformación de una sociedad inequitativa y con precariedad de recursos, se requiere determinar un contenido de aplicación inmediata. La aplicabilidad de los DESC implica además elaborar un modelo de protección que conserve un equilibrio entre el aparato judicial y los órganos políticos: de esa manera, todos los poderes públicos pueden controlar y limitar las actividades con las que se concretan estos derechos.

- La segunda variable es el contenido esencial exigible, que debe definirse acudiendo a tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) y al Protocolo de San Salvador, y a los desarrollos de los órganos competentes de tales instrumentos.

A partir de la fijación de ese mínimo justiciable, se deben configurar los contenidos de realización progresiva mediante políticas públicas. Esos contenidos dependen, además del mínimo justiciable (contenido esencial o mínimo vital), de la deliberación política y de la disponibilidad de recursos. En la estructuración de políticas públicas, el Estado debe tener en cuenta los grados de protección ya alcanzados en cada derecho e incluir las prestaciones necesarias para proteger la dignidad de las personas, pues se aplica el principio de no regresividad. Las metas que se establezcan en estas políticas también deben ser justiciables.

A su vez, si las omisiones de las autoridades en relación con las obligaciones mínimas no están adecuadamente justificadas, debe permitirse el control jurisdiccional al respecto. En particular, cuando los casos que se presentan a los jueces involucran poblaciones discriminadas.

Esta metodología estimularía un adecuado equilibrio entre el juez constitucional y las autoridades políticas en el manejo del desarrollo progresivo de los derechos sociales. También ordenaría el debate democrático sobre las tensiones entre derecho y economía, pues los términos de la discusión se pondrían en la justificación de las omisiones y en la proporcionalidad de las decisiones. Más adelante (numeral 2.4.1.) abordaremos con mayor detalle el problema del legislador omisivo y la tutela judicial de los derechos sociales.

### **3.3 El test de fundamentalidad, de la Corte Constitucional**

Hasta aquí se ha descrito el debate académico sobre la justiciabilidad de los DESC. Ahora pasamos al campo de la práctica sobre ella, en nuestro caso, delimitado por la Corte Constitucional, con el test de fundamentalidad, que abarca todos los derechos, incluidos los DESC. Esta herramienta hermenéutica señala los criterios para que un operador jurídico decida cuándo un derecho es fundamental o no.

Anotamos anteriormente los debates generales sobre los derechos fundamentales en doctrina internacional. Luego, la manera como esos debates se han concretado en el país. Ahora se revisará cómo ha resuelto la Corte Constitucional el tema de la fundamentalidad de los derechos.



En el terreno de la protección judicial, dice Uprimny, también debe considerarse que existen “justicias hostiles” a los derechos sociales. Es el caso comentado de la Corte Suprema en Estados Unidos, que entre 1905 y 1930 impidió con su jurisprudencia el desarrollo de una política social de parte del gobierno, al hacer prevalecer la aplicación de una cláusula de libertad contractual sobre cualquier política protectora de los derechos laborales.

Por lo común, los jueces siguen dos estrategias diferenciadas de protección de los derechos sociales: una procesal y otra material. Con la primera, buscan garantizar la transparencia y la imparcialidad en la atención de los derechos, de modo que haya equidad en la adjudicación de los bienes escasos de la sociedad, evitando, por ejemplo, las redes clientelistas, vigilando el respeto al mérito o el derecho de turno.

La estrategia material se encamina a establecer y garantizar unos mínimos de atención de los derechos. Con ella, los jueces ayudan a determinar el contenido de las obligaciones estatales correlativas con los derechos y emiten mandatos cuando se incumplen esas obligaciones.

### **Los límites en la justiciabilidad**

Uprimny también muestra que no se encuentra un sistema jurídico que contemple la idea de los derechos sociales como derechos subjetivos fundamentales (*erga omnes*), exigibles por todo mundo en cualquier circunstancia. Según él, la justiciabilidad de los DESC tiene como límites las formas de gradualidad que se permitan en cada sistema jurídico. Por eso, se vuelve problemático el decisionismo judicial que rebese esas formas al emitir fallos sobre derechos sociales con efectos generales o que limite el disfrute de los derechos de personas no representadas en los procesos judiciales. Dicho de otra manera, el decisionismo se complica al provocar consecuencias sistémicas en la distribución de presupuestos públicos escasos o al incidir negativamente en el disfrute igualitario de los derechos.

En el primer evento, ha sido recurrente que algunos fallos con contenido económico de la Corte Constitucional universalizan garantías sociales difíciles de sostener. Verbigracia, en las sentencias sobre el UPAC, analiza Uprimny, se sustituyó un sistema de vivienda que fue operativo, salvo durante su crisis de finales de los pasados años noventa y que proporcionó financiación para vivienda a muchas familias. La dificultad estriba en que los fallos produjeron efectos generales sobre la economía, incluyendo para el fisco cargas no previstas que habían podido servir para financiar otras políticas de carácter social.

Tal vez por eso último, Rodrigo Uprimny es enfático en decir que la mejor solución frente al tema de la judicialización de los DESC es que sólo deberían prosperar aquellas pretensiones que la sociedad pueda comprometerse en forma efectiva a garantizar a todos los ciudadanos. De lo contrario, a los jueces sólo les resta esperar que sea el poder legislativo el que, mediante leyes, distribuya cargas y beneficios sociales de manera general.

Ante el segundo evento, cuando el decisionismo judicial incide negativamente en el disfrute igualitario de los derechos, el profesor Uprimny muestra que se han

gastado cuantiosos recursos públicos en el cumplimiento de tutelas concedidas para tratamientos especializados, a personas que padecen las llamadas enfermedades catastróficas. Son recursos que rompen la estabilidad financiera del sistema de salud. Esto deriva en que se cierran oportunidades para que otros ciudadanos accedan a bienes y servicios médicos que necesitan. En este contexto, opera una especie de juego de suma cero, en el que, cuando se otorga un beneficio a alguien, se le quita a otro; las tutelas que ordenan tratamientos onerosos desde el punto de vista financiero para el sistema de seguridad social, hacen que unos –que son la mayoría– costeen los beneficios de otros pocos: a los primeros se les recortan las posibilidades de mayor bienestar.

Por lo anterior, y sobre la base de tutelas sobre el derecho a la salud, estima el autor que la jurisprudencia en esta materia no puede considerarse progresista, pues fallando casos particulares, por más dramáticos que sean, no está asegurando el derecho de manera estructural. Esto sí ocurrió en el caso de los derechos fundamentales de los reclusos y de la población desplazada interna, al desarrollar la teoría del estado de cosas inconstitucional. Este concepto se predica de aquellas situaciones en las que:

- Se presenta una repetida y sistemática violación de derechos fundamentales de muchas personas, y,
- Cuando la causa de esa vulneración no se imputa únicamente a una autoridad pública, sino que reposa en factores estructurales que demandan una política de Estado.

Por el contrario, en el caso que nos ocupa, con las tutelas particulares se ahondan, al decir de Uprimny, las distorsiones en el manejo de los recursos públicos del sistema de seguridad social en salud, pues estos se concentran en algunos beneficiarios. Así, se rompe el criterio de la equidad.

### **Los dilemas**

Los jueces se enfrentan entonces ante este tipo de dilemas para solucionar situaciones en las que están comprometidos derechos sociales. Conviene, entonces, que jerarquicen los derechos y, en cada uno de ellos, los contenidos y el grado en que han de protegerse. Los derechos deben ser construcciones políticas en cada sociedad a partir de la medición de las necesidades que se tengan y de los recursos de los que se dispongan para satisfacerlas. Esto es lo único que hace que las demandas por derechos sean factibles.

Los mínimos garantizables de manera universal que son producto del consenso social, deben ampliarse de manera gradual y en eso consiste la progresividad de los DESC. Por ende, superar los límites mínimos establecidos para los derechos para favorecer a unas personas implica, como se dijo, despojar a otras de un mayor nivel de satisfacción de sus derechos (De Roux y Ramírez 2004b, 25 y 26). Por lo visto, lo práctico en el campo de los DESC es buscar la máxima justiciabilidad posible en el contexto concreto de cada derecho.

Pese a su posición cautelosa con respecto a la justiciabilidad de los DESC, Uprimny y García (1994, 493) defienden la labor garantista de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de derechos sociales. Resaltan que la juris-

prudencia constitucional de los últimos quince años se ha convertido en una fuerza simbólica que estimula la movilización popular y crea una conciencia política emancipatoria en diversos sectores sociales.

Surge entonces la pregunta sobre cómo puede existir una Corte progresista, si el derecho en Colombia ha sido tradicionalmente conservador y fuente de legitimación del *statu quo*. Para explicar el progresismo del Alto Tribunal, los autores afirman que, si bien el derecho siguió desempeñando su papel de legitimar las instituciones, la arquitectura jurídica montada con la nueva Carta alrededor de la consagración y protección de los derechos empoderó a los jueces para impulsar ciertas transformaciones sociales. La Constitución concedió a la Corte dos nuevos valores: la comunicación cercana con la ciudadanía, derivada de la facilidad de acceso a la justicia constitucional, y un gran poder, representado en las facultades para anular leyes y sentencias.

Al establecerse formas para acceder con facilidad a la justicia constitucional se permitió que los movimientos sociales se apropiaran paulatinamente de la lucha jurídica. Ellos encontraron en la Corte una interlocutora válida. Además, aumentó muy pronto el perfil político de este Alto Tribunal, pues debió asumir la defensa de los contenidos de la Constitución, ante el debilitamiento o fragmentación de las fuerzas políticas que actuaron en la dinámica constituyente y ante la falta de desarrollo de los preceptos constitucionales.

Así, la legitimación del sistema político tendió a desplazarse hacia el poder judicial. La Corte se ha visto compelida a llenar los vacíos y las omisiones en las que incurren los otros poderes públicos. Comenzó por tener un protagonismo político muy alto y a ser un punto de referencia de los movimientos sociales, que, en ocasiones, prefieren el activismo judicial a la lucha por los derechos (Uprimny y García 1994, 474).

### **Elementos que pueden definir la justiciabilidad de los DESC**

Uprimny ha dedicado tiempo también a indagar por las tensiones que surgen del control constitucional a la economía, asunto relacionado con la justiciabilidad de los DESC. Encuentra un justo medio para conjugar la dignidad con la igualdad, sin desconocer el problema de los recursos escasos.

Halla ese justo medio en el contenido esencial de los DESC. Aquí se presentan las obligaciones fundamentales de carácter justiciable, pues ni los órganos judiciales ni el legislador las pueden desconocer. A eso se agrega el conocimiento que hay de que cada derecho social tiene una indiscutible zona de desarrollo progresivo.

Uprimny sostiene que mientras se reconozca el carácter normativo de la Constitución Política es inevitable aceptar algún grado de protección para los derechos sociales. Por lo tanto, la cuestión que debe resolverse no es si estos derechos son o no justiciables, sino en determinar en qué medida lo son.

Para decidir el límite de la justiciabilidad, se requiere de algunas variables importantes:

- La primera es que los derechos sociales son normas constitucionales que deben aplicarse en medio de las restricciones que imponen los recursos disponibles.

Es necesario recordar que la noción de derecho fundamental es imprescindible en el momento de conceder la facultad de justiciable a un derecho, pues todo derecho fundamental es justiciable *prima facie*. Ocurre, sin embargo, que algunos derechos adquieren el carácter de fundamentales por vía indirecta, es decir, que no son derechos fundamentales en sentido estricto, pero lo llegan a ser cuando por las circunstancias están íntimamente ligados a un derecho que sí es estrictamente fundamental de acuerdo con el texto constitucional. Acerca de esto, la Corte ha hecho importantes adelantos, no sin limitaciones, como lo veremos a continuación

Antes de abordar el test en sí mismo, recordemos que el Alto Tribunal constitucional define, en general, los derechos fundamentales como los derechos subjetivos de aplicación inmediata que se reconocen –directa o indirectamente– en el texto constitucional. De allí se deduce que tienen prevalencia sobre otros derechos o garantías legales y no están sometidos a las decisiones eventuales de las mayorías políticas.

Es preciso aclarar que comúnmente se asimilan los derechos fundamentales a las libertades básicas (libertad, pensamiento, credo, libre personalidad, tránsito, libertades políticas, y otras). Sin embargo, la Corte ha mantenido una clara línea jurisprudencial que incluye en el concepto de derechos fundamentales aquellas garantías que permiten tener una vida digna con autonomía y se obtienen con prestaciones sociales, consustanciales a los DESC. Por ejemplo, la educación básica, el pago oportuno de las mesadas pensionales o de salarios mínimos, los servicios básicos de salud, etcétera. Algunas de estas prestaciones se recogen en el concepto genérico de *mínimo vital* (más adelante se profundizará en esta noción).

### 3.3.1 ¿Cuáles son los derechos fundamentales según la Corte?

La definición, reconocimiento y contenido de los derechos fundamentales constituyen el campo de mayor disputa jurídica en Colombia, a partir de la proclamación de la Constitución de 1991. En el debate está involucrada la mayor parte de los actores del sistema judicial y otros que llamaremos ‘factores reales de poder’ de la sociedad colombiana. La discusión se torna acalorada cuando en la protección de los derechos, los jueces constitucionales pasan de los derechos típicamente subjetivos (es decir, los que la Constitución declara como verdaderos derechos fundamentales o, como se dijo, las libertades básicas), a los que imponen obligaciones de carácter positivo o prestacional para el Estado (asociadas a los derechos sociales).

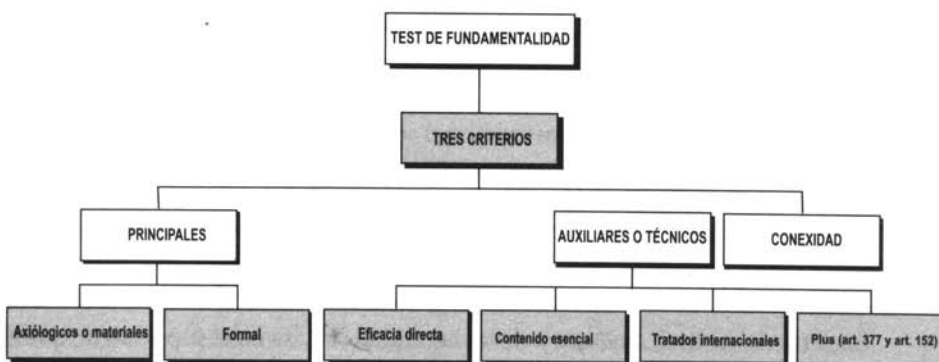
El tribunal constitucional ha seguido la lógica de amparar a los individuos en sus derechos subjetivos fundamentales amenazados o violados por las actuaciones u omisiones de las autoridades y de los particulares, pero también, ha sido consistente en protección de los derechos sociales cuando las circunstancias someten la calidad de vida de los individuos a condiciones dramáticas de deterioro. Ello a riesgo de recibir fuertes críticas al vincular con sus fallos a todas las ramas del poder público en el cumplimiento de los mandatos emitidos a favor de los derechos sociales. La razón jurídica para proteger excepcionalmente los derechos sociales se encuentra en el man-

dato de la dignidad humana como soporte del ordenamiento constitucional, en especial del modelo del Estado Social de Derecho.

El problema que entonces se le planteó a la Corte fue el de cómo ampliar la concepción de derechos fundamentales más allá de su sentido estricto (ligado a las libertades) y cómo fijar sus grados y formas de protección de acuerdo con la Constitución.

Para resolver estas cuestiones, la Corte construyó una metodología basada en la fijación de tres criterios (véase esquema 7).

Esquema 7.



Con la convicción de que la protección de los derechos fundamentales no podía limitarse a los derechos enunciados en el Capítulo I del Título II, como lo defendía una corriente tradicionalista de la doctrina, altamente influyente, la jurisprudencia constitucional de la primera época de la Corte, se dedicó con ahínco a delimitar diversos criterios de fundamentalidad sobre los derechos. Son de suma importancia los fallos de tutela de 1992 (T-002, T-008, T-402, T-406, T-415, T-423, T-426, T-522, T-571) en los que la Corte desarrolló una verdadera teoría jurisprudencial de los derechos fundamentales para justificar los alcances de la acción de tutela. Como resultado de este esfuerzo dogmático, diferenció entre criterios principales, criterios técnicos y el criterio de la conexidad (Chinchilla 1999, 97 y ss.) como método para concretar la fundamentalidad de los derechos. Aunque persisten divergencias sobre la clasificación de estos criterios, en la práctica han venido resolviendo los conflictos de aplicación y de interpretación de los derechos fundamentales.

### **Criterios principales: axiológicos y formal**

Estos criterios principales para la Corte emanan de una interpretación inmediata de la Constitución en dos de sus dimensiones: su deontología (principios, fines y valores) y su literalidad:

- Los criterios axiológicos: permiten reconocer que el derecho evaluado es fundamental por poseer una relación inherente con la dignidad humana y/o con

otros principios y valores constitucionales como la justicia, la igualdad, la libertad, etc.

- El criterio formal o *a rúbrica*: permite reconocer que un derecho es fundamental porque la literalidad de la Constitución lo dice así.

Los criterios axiológicos han sido decisivos en la línea jurisprudencial sobre derechos fundamentales, basada en gran parte en un discurso ético sobre la dignidad. La protección de la dignidad humana se ha defendido como presupuesto básico del Estado Social de Derecho y, al mismo tiempo, como síntesis de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. La sentencia T-571 de 1992 estableció que la naturaleza de fundamentalidad de un derecho no depende tanto de su ubicación en el texto constitucional como de si tal derecho es inherente a la dignidad de la persona o se vincula con otros valores del sistema jurídico.

Por su parte, el criterio formal tiene carácter restrictivo, en tanto se atiene a lo dicho taxativamente en el texto constitucional sobre cuáles son los derechos fundamentales, de suerte que se reconocen únicamente en esa categoría los derechos contenidos en el Capítulo I del Título II de la Constitución Política (o sea, aquellos que contienen las libertades individuales básicas), sumados a los derechos fundamentales reconocidos como tales en el artículo 44 (derechos de los niños) y en el artículo 53 (derechos en el trabajo).

Este criterio formal, *a rúbrica* o de la literalidad se basa en el supuesto de que el carácter de fundamentalidad de un derecho fue determinado expresamente por el constituyente en el texto de la Carta, por lo cual no cabe interpretación ni duda por parte del operador jurídico.

En la evolución de la jurisprudencia constitucional existió una primera etapa en la que se interpretaban los derechos fundamentales de manera bastante restringida. Usando como única referencia el argumento *a rúbrica*, se circunscribieron los derechos fundamentales al catálogo recogido en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución. En parte, esta férrea posición minimalista se dio debido a las grandes resistencias que despertó la tendencia a la constitucionalización del derecho, dada a partir de 1991, especialmente entre quienes apoyaban la vieja cultura jurídica afincada en un derecho legislado y lógico-deductivo.

Al respecto, los exégetas persistieron en la teoría de que los derechos fundamentales sólo podían ser aquellos explícitamente reconocidos en las normas, como se derivaba del mandato del artículo 230 de la Carta. Según ese mandato, "los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley". Con esta observación, los tradicionalistas buscaban mantener la vigencia del derecho preconstitucional y evadir la interpretación de la Constitución conforme a la idea de su supremacía y de la aplicación directa de sus valores y principios orientadores.

La primera Corte Constitucional criticó en algunos de sus fallos (T-02/92; T-406/92) esta posición restrictiva. Explicó que la comisión codificadora encargada de organizar el texto de la Constitución de 1991 adoptó sin consulta alguna la división en títulos y capítulos del articulado de la Constitución, algo que nunca aprobó la Asamblea



Nacional Constituyente. Por lo mismo, carecía de sustento real el argumento que reconocía como derechos fundamentales solamente a aquellos ubicados en Capítulo I del Título II.

El planteamiento acogido por la Corte es que la Constitución es más amplia en materia de reconocimiento de los derechos fundamentales que lo que dice su texto. Esta se refiere a otros derechos que se encuentran por fuera del Capítulo I del Título II, incluso, de aquellos del bloque de constitucionalidad. Eso se colige de la siguiente cláusula remisoria del artículo 94: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

La Corte Constitucional expresó adicionalmente que reducir los derechos fundamentales al argumento *a rúbrica* implicaría aceptar la presencia de un Estado liberal, cuando el Constituyente, desde el mismo preámbulo de la Carta, lo que postuló fue la creación de un Estado Social de Derecho.

### **Criterios auxiliares o técnicos**

El debate de los derechos fundamentales se hace sobre la base de aceptar que tanto los valores constitucionales como el lenguaje jurídico --al ser natural-- puede conllevar diversos sentidos sobre los derechos, por lo cual se requiere apelar a otras herramientas de análisis que coadyuven a revelar o descartar la naturaleza fundamental de los mismos.

Los criterios auxiliares del test de fundamentalidad se relacionan con ciertas prescripciones constitucionales de las que pueden inferirse los siguientes parámetros para identificar derechos fundamentales:

- Primero, que estos derechos tienen *eficacia directa* al emanar de la Constitución.
- Segundo, que poseen un *núcleo (o contenido) esencial* irreductible.
- Tercero, que su naturaleza se deriva de los *tratados internacionales* de derechos humanos ratificados por el Estado.
- Cuarto, que son derechos a los que el constituyente les confirió un *plus* de garantía o de protección reforzada.

### **Criterio de eficacia directa**

Significa que los derechos fundamentales son aplicables sin mediación regulativa alguna a la realidad social, debido a la fuerza normativa que tiene la Constitución. En consecuencia, no se requiere de ningún desarrollo normativo o administrativo o interpretación judicial previa para que estos derechos hagan sentir sus efectos prácticos. La jurisprudencia ha sido reiterativa en expresar que las autoridades deben aplicar y proteger los derechos fundamentales en todo momento y lugar, sin que ello signifique menoscabo de la potestad del legislador.

Para utilizar este criterio de aplicabilidad inmediata, la Corte Constitucional se ha cuidado de no quedarse en la enunciación del artículo 85 de la Carta que hace un

listado de cuáles son los derechos que poseen eficacia directa. La enunciación taxativa del artículo 85 no puede entenderse de manera excluyente, porque los derechos fundamentales son más amplios que lo prescrito allí. Verbigracia, la Corte ha señalado que existen otros derechos fundamentales como el que tienen los niños menores de un año a recibir atención gratuita a su salud (artículo 50) o aquellos derechos esenciales de los trabajadores, implícitos en la relación laboral (artículo 53, inciso 2).

Se sobreentiende que esta cualidad de la aplicación inmediata no se imputa a los llamados derechos prestacionales dependientes de medidas legislativas y administrativas complejas y mediatas. Según el tribunal constitucional, el artículo 85 enumera sólo los derechos que para tener una eficacia directa no requieren de cumplir ninguna condición material ni temporal para realizarse (progresividad), sino que, por el contrario, al estar liberados de estos condicionamientos, sus titulares los pueden exigir directa, inmediata y universalmente.

### **Criterio de *contenido esencial***

En relación con el contenido o núcleo esencial (T-406 de 1992) como regla de fundamentalidad, la Corte entiende, siguiendo la doctrina alemana, que éste constituye un ámbito necesario e irreductible que el derecho protege en toda circunstancia. Lo protege especialmente contra las restricciones que puedan adoptar las mayorías parlamentarias, so pretexto de amparar otros bienes o valores constitucionales.

El núcleo esencial es, por ende, la zona firme de cada derecho. La conforman los contenidos básicos sin los cuales, sencillamente, el derecho no existe o se convierte en otra cosa diferente a lo que es; por suerte, no se permite ninguna acción legislativa que manipule o restrinja esos contenidos esenciales, pues se corre el riesgo de desnaturalizar el derecho.

La Corte Constitucional ha estimado además que el núcleo esencial de los derechos es aplicable en forma directa, independientemente de que exista ley que lo reglamente. El núcleo esencial se constituye en la parte del derecho que satisface las necesidades y garantías más elementales de su titular, sin las que el valor de la dignidad se pierde. En consecuencia, en ese núcleo caben contenidos que otorgan diversos derechos subjetivos fundamentales, de aplicación directa e inmediata y, por lo mismo, que se pueden proteger por vía de acción de tutela contra la acción u omisión de las autoridades públicas o particulares que los amenacen o vulneren.

El problema reside en saber cuáles son los contenidos básicos de cada derecho. Por ello, buena parte de la labor de la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales se ha concentrado en ir precisando esos contenidos a partir de la extracción, en cada sentencia, de subreglas de interpretación constitucional y derivadas del bloque de constitucionalidad (Góngora 2003, 24)<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Manuel Góngora, en el estudio sobre el derecho a la educación en Colombia que hizo para la Defensoría del Pueblo, dice lo siguiente: "Para explicar el concepto de subregla es preciso acudir primero a la definición de *norma adscripta*. Siguiendo a Robert Alexy, son normas de derecho constitucional tanto las dictadas directamente en el texto de la Carta Política como las

El núcleo esencial de cada derecho obra como un límite a la discrecionalidad de los órganos políticos y administrativos por no ser materia de la deliberación pública ni depender de la voluntad de gestión o de la disponibilidad de presupuestos. En congruencia con esta definición, podría concluirse, a primera vista, que se desestima la existencia de un núcleo esencial en los derechos sociales considerados reiteradamente por la teoría como derechos de "contenido difuso". Sin embargo, la jurisprudencia constitucional se ha orientado a reconocer en los derechos de carácter "prestacional" un doble contenido: un núcleo esencial mínimo, inderogable y de aplicación inmediata y un núcleo complementario que sí es materia de regulación o desarrollo por parte de los órganos políticos, de acuerdo con las posibilidades presupuestales del país (sentencia SU-225 de 1998).

Con ese reconocimiento, la jurisprudencia constitucional se sintoniza con las tendencias más avanzadas de la doctrina internacional en materia de derechos sociales, que los concibe como derechos de obligaciones complejas (Abramovich y Courtis 2002, 27). Existe algún consenso en la idea de que en los derechos humanos no pueden hacerse distinciones simplistas entre obligaciones negativas y obligaciones positivas para distinguir a los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales, pues de hecho ambos tipos de obligaciones pueden hallarse en la estructura de cualquier derecho, razón que refuerza la concepción sobre su unidad e interdependencia. De suerte que en el núcleo esencial de los derechos sociales pueden localizarse al mismo tiempo obligaciones de carácter negativo, que le prohíben al Estado dañar los niveles de satisfacción alcanzados en los DESC con políticas regresivas, y obligaciones positivas que compelen a los poderes públicos al cumplimiento de los contenidos básicos de los derechos sociales señalados en los estándares del derecho internacional. Los DESC deben satisfacerse por lo menos en niveles esenciales, como bien se reconoce en el principio 25 de los Principios de Limburgo, en el principio 9 de la Directrices de Maastricht y en el punto 10 de la Observación General No. 3 del Comité del Pidesc.

El Comité ha explicado que esta obligación de satisfacer los contenidos esenciales de los DESC se desprende del artículo 2.1 del Pidesc. Tal obligación llevaría a los Estados a dos opciones: en unos casos, implicaría la adopción de acciones positivas, especialmente cuando el grado de satisfacción del derecho se encuentre en niveles que no alcancen los mínimos aceptables. En otros, tan sólo requerirá conservar la situación de realización alcanzada y no retroceder en ella, en cuanto tal situación sea compatible con el grado básico de satisfacción señalado en las interpretaciones del Comité. Esta

---

normas adscriptas, entendidas estas como las normas que son resultado de una ponderación iusfundamentalmente correcta efectuada por el órgano que ejerce el control constitucional. Mediante una norma adscripta el estado de cosas sometido a una decisión puede ser subsumido, al igual que si fuera una norma legislada. Las subreglas jurisprudenciales son normas adscriptas que **constituyen el principio explicativo de una sentencia** y que, por lo tanto, se pueden aplicar a fallos posteriores con hechos materiales **sustancialmente análogos** (pues los jueces deben estarse a lo decidido en el precedente previo). En consecuencia, las subreglas jurisprudenciales son normas de derecho constitucional que se obtienen a través de la extracción de la justificación jurídica de la decisión, y son referentes necesarios para definir el contenido y alcance de un derecho fundamental" (Góngora 2003, 24).

satisfacción de los contenidos esenciales se convierte así en un punto de partida para ir logrando la plena efectividad de los derechos sociales (Ibíd., 89).

### **Criterio de pertenencia a los tratados internacionales de derechos humanos:**

La Corte Constitucional ha reconocido que junto a los derechos fundamentales incluidos explícitamente en la Carta, existen otros con esa categoría derivados de los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por el Estado colombiano. Existe sin embargo una condición para la ampliación de la fundamentalidad establecida por el artículo 93 de la Constitución, que consiste en que tal artículo establece que tienen prevalencia en el orden interno sólo aquellos derechos que los Estados no pueden limitar en circunstancias de estados de excepción.

De lo anterior se puede deducir que este criterio tiene un efecto práctico progresista y otro efecto restrictivo para identificar los derechos fundamentales. Gracias al primer efecto, la Corte pudo instalar la figura de *bloque de constitucionalidad* como un recurso hermenéutico para extender más allá del texto constitucional las garantías fundamentales de las personas, y a la vez posicionarlo como parámetro para ejercitar el control abstracto de constitucionalidad de las leyes (sentencias C-225/95, C-578/95, C-358/97, C-191/98, entre otras).

El efecto restrictivo emanado del artículo 93 se expresa en que sólo tendrían naturaleza de fundamentales los derechos asociados a las libertades básicas. Los derechos civiles y políticos son, en sentido estricto, los únicos que no pueden limitarse o suspenderse en situaciones de excepcionalidad interna. Paradójicamente, en forma contraria a esa prohibición absoluta de limitar los derechos de libertad, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales admite en su artículo 4 que los Estados Partes pueden someter los DESC a limitaciones determinadas por ley, con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática. Igual prescripción se encuentra en el artículo 5 del Protocolo de San Salvador.

### **Criterio de las garantías reforzadas (plus de los artículos 377 y 152 a de la Constitución):**

Los derechos fundamentales pueden reconocerse por ser "derechos reforzados", es decir, con protecciones adicionales a las normalmente concedidas a otros derechos. En nuestro ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales, además de tener la acción de tutela como recurso inmediato de protección (artículo 86), se fortificaron con las cláusulas constitucionales del referendo aprobatorio (artículo 377) y de la reserva de la ley estatutaria (artículo 152, literal a).

La cláusula sobre referendo aprobatorio refuerza la protección de los derechos incluidos en el Capítulo I Título II y sus garantías, así como los procedimientos de participación popular. Esta norma instituye una salvaguarda o blindaje especial de estos derechos frente a las limitaciones o las manipulaciones autoritarias que puedan provenir del poder legislativo, dando facultad a la ciudadanía de someter toda reforma de estos derechos al ejercicio del referendo aprobatorio. De manera que, en sentido estricto, son fundamentales los derechos a los que se pueda aplicar este *plus* de protección.

A su vez, la cláusula de reserva a la ley estatutaria limita la función legislativa en materia de "derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección". De ese modo, obliga a que cualquier desarrollo legislativo al respecto, se haga exclusivamente a través del procedimiento previsto para las leyes estatutarias. El artículo 153 de la Constitución Política, reproducido materialmente por el artículo 208 de la ley 5 de 1992 (sobre reglamento del Congreso), establece las condiciones para el trámite de proyectos de ley estatutaria:

- Deberán expedirse en una sola legislatura.
- Exigen previa revisión por parte de la Corte Constitucional, luego de ser aprobados por el Congreso y antes de la sanción presidencial.
- El Congreso no puede conferir al Presidente de la República facultades extraordinarias para expedirlas.

Las leyes estatutarias son superiores jerárquicamente, porque los asuntos que regulan son de primordial importancia en el orden jurídico. Con esta reserva al procedimiento de la ley estatutaria, los derechos fundamentales quedan constitucionalmente reforzados, con lo que se obstaculizan las propuestas políticas para su modificación o limitación.

### **El criterio de conexidad**

Según algunos tratadistas, este criterio expresa adaptaciones teóricas avanzadas hechas por la Corte Constitucional a partir de la experiencia acumulada por otros tribunales en el mundo. Los avances jurisprudenciales sobre el criterio de conexidad se han apoyado en herramientas hermenéuticas y argumentativas utilizadas especialmente en fallos de tribunales europeos para amparar derechos sociales.

En virtud del criterio de conexidad, un derecho considerado en primera instancia como no fundamental adquiere ésta naturaleza cuando su violación o amenaza, en un caso concreto, trae como consecuencia la vulneración de un derecho fundamental *prima facie*. Desde sus primeras providencias, la Corte ha considerado por ejemplo que algunos derechos prestacionales, como los derechos a la salud o a la seguridad social (T-406, T-426 de 1992) y el derecho a un medio ambiente sano (T-415 de 1992, T-067 de 1993) se transforman en derechos fundamentales cuando con su trasgresión resulta amenazado el derecho a la vida, u otros derechos como el debido proceso, el derecho a la igualdad y otros de carácter individual.

En esas circunstancias, en el test practicado por la Corte se estableció que los DESC sólo adquieren la naturaleza de fundamentalidad por vía indirecta o de conexidad con derechos fundamentales. De manera progresista, la Corte logró extender con este recurso hermenéutico el carácter fundamental a los derechos sociales, que en principio no aprobaban el mencionado test, ora porque no se les catalogó como fundamentales en el texto constitucional, ora porque no se les concedió la virtud de la eficacia directa, o la posesión de un núcleo esencial o, sencillamente, porque no se les vinculó con un principio o valor constitucional.

En la emblemática sentencia T-406 de 1992, el magistrado Ciro Angarita explicó la procedencia de la conexidad en estos términos:

Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos, sociales o culturales, para poder apoyar razonablemente una decisión judicial. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza *a priori*, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos.

¿Cuál es el propósito de la Corte Constitucional al recrear la conexidad como recurso hermenéutico? En el fondo, la motivación que tuvo la primera Corte para aplicar este criterio de extrapolación de la fundamentalidad a los derechos sociales, fue la búsqueda de equilibrios en las relaciones entre agentes económicos privados, de un lado, y de ciudadanos, usuarios y trabajadores, de otro. Veamos:

La Carta de 1991 introdujo, al abrir las puertas a las privatizaciones y desregulaciones en varios mercados como el laboral, social y el de los servicios públicos domiciliarios, graves distorsiones en el concepto social del Estado, entre ellas, hacer inocua la consagración de los derechos sociales y colectivos frente a las normas neoliberales de la Constitución económica. La Corte Constitucional tuvo entonces que idear “fórmulas apaga incendios” para contener los impactos sociales del neoliberalismo constitucional.

Las fórmulas encontradas por la jurisprudencia para fundamentalizar los derechos sociales fueron el criterio de conexidad y la noción del mínimo vital (inspirada a partir de la idea de justicia material del artículo 13 y del principio de dignidad humana). Con estos recursos de hermenéutica constitucional, la Corte logró hacer justiciables ciertos aspectos de los derechos sociales, por vía de la acción de tutela.

### **Límites del criterio de conexidad**

Es oportuno decir que se sobreentiende que la conexidad ha significado un gran avance en el derecho constitucional. Sin embargo, analizada desde el principio de integralidad de los derechos humanos, puede ser objeto de profundas críticas. Este es un aspecto central del presente estudio.

Como se dijo, con la aplicación del criterio de conexidad como herramienta para determinar los derechos fundamentales, la Corte extendió esta condición jurídica a derechos que en principio no la ostentaban por no reunir los requisitos del test de fundamentalidad. Así, abrió campo al amparo judicial de los DESC, por vía de tutela. Con todo y eso, se aproximó de manera muy moderada al espíritu de la integralidad de los derechos humanos, que exige mayor radicalidad en la apreciación de los DESC como derechos fundamentales plenos.

Es decir, la Corte Constitucional se quedó a medio camino en la aplicación de las exigencias que impone el derecho internacional de los derechos humanos *vis-a-vis* con los derechos sociales. El efecto del principio de integralidad es la aprobación de que los



DESC tienen la misma importancia que los derechos individuales y deben tratarse con la misma consideración. Una cosa es declarar indirectamente –usando una metodología derivada o deductiva– la fundamentalidad de un derecho porque se encuentra en conexidad íntima con otro del que no se duda que sea fundamental. Otra muy diferente es sostener de manera explícita y directa que un derecho es fundamental, sin imponer ninguna condición.

Mediante el principio de integralidad, se concreta el valor de la dignidad humana. Ese principio significa que todos los derechos son indivisibles e interdependientes porque con su garantía y ejercicio se realiza el proyecto de vida de cada ser humano, concebido como unidad sicosomática en libertad, según la explicación realizada en el capítulo primero. Así, como se dijo, aunque es innegable el avance que supone la aplicación del criterio de conexidad en un medio jurídico, político y económico conservador como el nuestro, ese criterio milita contra el goce pleno de los derechos, pues implica en el fondo una visión reducida y parcial de la dignificación del ser humano, al aceptar de *facto* que los derechos sociales son una subclase de bienes jurídicos que sólo subsidiariamente pueden elevarse a la calidad de derechos fundamentales.

Con la aplicación de la conexidad, la Corte Constitucional aporta poco para entender los DESC como derechos en sí, pues les atribuye un valor jurídico relativo, que los mantiene en condición de inferioridad o subordinación. Así, facilita a los críticos neoliberales su labor de alimentar el infinito pliego de cargos contra la viabilidad y conveniencia de estos derechos. Al mantener vigente en la jurisprudencia el paradigma sobre la fundamentalidad indirecta (o por conexidad) de los derechos sociales, se da peso a las razones que esgrimen los neoliberales cuando desvirtúan cada fallo en que se protegen estos derechos.

### **Variaciones al test**

Este test de fundamentalidad ha recibido variaciones por parte de la Corte Constitucional. Para la identificación de un derecho fundamental la Corte sistematizó en 1999 la siguiente organización de los criterios de reconocimiento de un derecho fundamental<sup>21</sup>, que no cambian en lo profundo el esquema presentado.

- “Requisitos esenciales:
  - i) Conexión directa con los principios

Los principios constitucionales son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. En consecuencia, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios. La movilidad del sentido de una norma se encuentra limitada por una interpretación acorde con los principios constitucionales. Los derechos fundamentales son, como todas las normas constitucionales, emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con estos es más directa, más inmediata, se aprecia con

<sup>21</sup> Tomamos este acápite de: Corte Constitucional. 1999. Relatoría. Alcance de los derechos constitucionales. Bogotá. Págs. 8 y ss.

mayor evidencia. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio.

### ii) Eficacia directa

Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del sólo texto constitucional. Por lo tanto, en normas que poseen una "textura abierta", como por ejemplo las que establecen meros valores constitucionales, a partir de la cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podrían presentarse la garantía de la tutela. Para la Corte está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales.

Ahora bien, la eficacia directa no se reduce a los derechos de aplicación inmediata o a los derechos humanos de la llamada primera generación. En algunos casos los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser objeto de protección especial por medio de la tutela; tal es el caso del artículo 50 sobre los derechos de los niños. Igualmente pueden ser objeto de tutela casos en los cuales el juez considere que una prestación del Estado consagrada como derecho económico, social o cultural, o la falta de ella, ponga en entredicho de manera directa y evidente un principio constitucional o uno o varios derechos fundamentales, de tal manera que, a partir de una interpretación global, el caso *sub judice* resulte directamente protegido por la Constitución.

De acuerdo con esto, la enumeración del artículo 85 no debe ser entendida como un criterio taxativo y excluyente. En este sentido es acertado el enfoque del artículo segundo del decreto 2591 de 1991 cuando une el carácter de tutelable de un derecho a su naturaleza de derecho fundamental y no a su ubicación.

### iii) El contenido esencial

Existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el núcleo básico o esencial del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas. En consecuencia, quedan excluidos aquellos derechos que requieren de una delimitación en el mundo de las mayorías políticas. Los derechos sociales, económicos y culturales de contenido difuso, cuya aplicación está encomendada al legislador para que fije el sentido del texto constitucional, no pueden ser considerados como fundamentales, salvo aquellas situaciones en las cuales en un caso específico, sea evidente su conexidad con un principio o con un derecho fundamental.

- Criterios de distinción: analítico y fácticos:

- i) Analíticos:

- a) La consagración expresa

En relación con algunos derechos, el constituyente señaló en forma expresa su voluntad de consagrarlos como fundamentales. Es el caso de los derechos establecidos

en el capítulo primero del título segundo de la Constitución e igualmente del artículo 44 sobre los derechos de los niños. El carácter de fundamental no coincide con el de aplicación inmediata. Siendo así, es necesario distinguir entre derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata. Algunos exconstituyentes sostienen que los títulos y subtítulos de la Constitución no tienen el carácter de norma jurídica y como tal no delimitan el ámbito de los derechos fundamentales. Tales títulos fueron obra de la Comisión Codificadora y no voluntad jurídicamente significativa de la Asamblea. De ahí que estimen también que el artículo 85 de la Constitución no tiene alcance práctico y resulta inocuo a causa de su conflicto con el artículo 86.

b) La remisión expresa

En otros casos, tal como sucede con los derechos humanos y con la prohibición de limitarlos en los estados de excepción, el constituyente ha estimado conveniente remitirse a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, para reconocer su prevalencia en el orden interno, no sólo en cuanto a su texto mismo sino como pauta concreta para la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución de 1991 (art. 93).

c) La conexión directa con derechos expresamente consagrados

Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza *a priori*, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos.

d) El carácter de derecho inherente a la persona

En ocasiones, la existencia de un derecho fundamental no depende tanto de un reconocimiento expreso por parte de los creadores de la norma constitucional, como de una interpretación sistemática y teleológica a partir de las cuales se mire el ordenamiento en su conjunto, o la norma de acuerdo con su consagración implícita

De aquí la importancia del artículo 94 de la Constitución según el cual, la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales, no debe entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. Esta disposición concuerda con el sentido amplio y dinámico que debe tener el concepto de derecho fundamental en el Estado social. En otros términos: los criterios que determinan el carácter de fundamental de un derecho, sobrepasan la consagración expresa y dependen de la existencia de un consenso histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza

específica de un derecho, con todas sus implicaciones relativas al contenido esencial, a la conexión con los principios y a la eficacia directa. Por eso el criterio de la consagración expresa es insuficiente.

ii) Fácticos:

a) Importancia del hecho

La relación jurídica entre valor fundamental o vinculado con un valor fundamental (salud, propiedad, posesión, competencia económica, etc.) y su aplicación a una problemática concreta, determina un camino específico para la construcción conceptual de los derechos fundamentales. Este camino es principalmente inductivo; será a través de la interpretación que los jueces hagan de la relación entre los textos y los hechos que se vayan presentando, como se irá construyendo la delimitación de los derechos mencionados. Por lo pronto, los jueces y la Corte cuentan, para su interpretación, por un lado, con el texto constitucional, con el catálogo de valores que se desprende de los principios constitucionales y que alimenta todo el saber del constitucionalismo occidental y de la doctrina sobre el Estado social de derecho, y por el otro con una realidad social colmada de dificultades económicas, atropellos y violaciones a los derechos humanos y con unas instituciones venidas a menos en su capacidad reguladora. A partir de estos dos elementos, normas y hechos, el juez constitucional debe ir construyendo una interpretación razonable de la carta de derechos; esto quiere decir que el resultado final de la interpretación debe tener en cuenta las dificultades estructurales de la realidad económica colombiana sin que dichas dificultades hagan inoqua la voluntad constituyente de construir, desde el presente, una sociedad más justa, más libre y más democrática, tal como lo establece el preámbulo de la Carta.

b) Carácter histórico

Por otra parte, la categoría de derecho fundamental posee también un carácter histórico. Dos implicaciones se derivan de este postulado: a) no todos los derechos fundamentales lo han sido en todos los tiempos y algunos de ellos bien han podido tener este carácter en forma transitoria y luego perderla, todo ello de acuerdo con la evolución de la sociedad civil, y b) la entidad de fundamental de un derecho se encuentra ligada al estado de la representación colectiva sobre el tema. Vale decir, la visión que la sociedad tiene de dichos derechos..."

### 3.4 Otra perspectiva

Si la Corte asumiera en serio el principio de integralidad y por derivación, la fundamentalidad *per se* de los DESC, seguramente presionaría un cambio cualitativo en el poder legislativo y en el poder ejecutivo con respecto a los compromisos que tiene el Estado con estos derechos. Con ello, viabilizaría la creación y puesta en marcha de políticas públicas conformes con las aspiraciones del Estado Social de Derecho que inspiró al Constituyente.

Quizá al apelar al argumento de integralidad de los derechos humanos para defender la fundamentalidad de los derechos sociales, la Corte Constitucional liberaría

el debate sobre la aplicabilidad de estos derechos del terreno de los medios, para ponerlo en el horizonte de los fines.

Reitero que el primer paso para desatar el aparente nudo gordiano sobre la viabilidad de los DESC es resolver si son o no derechos plenos (para ello acogemos el principio de la integralidad) y el siguiente, tomar decisiones sobre los medios para hacerlos efectivos. Es muy complicado abrir oportunidades a los DESC si la discusión continúa centrándose en los medios antes que en su naturaleza jurídica y en su dimensión complementaria de la dignificación humana.

Otros puntos de tensión se resolverían al abordar la fundamentalidad de los DESC desde la perspectiva de la integralidad de los derechos humanos. Nos referimos a las críticas que se hacen por que la tutela por conexidad de los derechos sociales supuestamente provoca grandes distorsiones en el funcionamiento democrático. Es repetitivo el argumento de que la protección de los DESC al ser derechos prestacionales perturba de manera grave el funcionamiento del aparato de la justicia al hacerlo colisionar con competencias de otros poderes del Estado y que eso quebranta esenciales principios del Estado de Derecho como el de división de los poderes o la seguridad jurídica.

Desde la perspectiva de la integralidad, tal razonamiento tendería a debilitarse, pues al existir un consenso previo sobre la igual importancia que tienen todos los derechos humanos, el procedimiento democrático mediante el que se asegura la fundamentalidad de los derechos sociales tornaría por los cauces normales: cada instancia de poder en el Estado tendría que asumir los deberes que imponen estos derechos a la luz de los instrumentos internacionales que los consagran, sin que dicho cumplimiento implique invadir las competencias de otras instituciones.

Con el principio de integralidad de los derechos humanos se resolverían en buena medida los conflictos institucionales de aplicación y protección de los derechos constitucionales. Al concebirse todos los derechos como obligaciones de Estado de la misma importancia, no habría más alternativa para los poderes públicos que desarrollarlos con diligencia, cada uno en lo que le compete. Los derechos sociales cobrarían eficacia directa y se resolverían de manera práctica los dilemas insalvables originados en la llamada *reserva de lo posible*.

Las posiciones neoliberales contrarias a los derechos sociales han sido hábiles en naturalizar el argumento de que no existen recursos disponibles para que el Estado satisfaga las obligaciones onerosas que imponen estos derechos. Por lo mismo, advierten que se debe esperar a que el crecimiento económico del país sea lo suficientemente dinámico para garantizar, por un 'efecto de cascada', la redistribución de los beneficios económicos entre toda la población.

No obstante, se está demostrando ahora que los países de América Latina que han emprendido nuevas rutas para su desarrollo y han limitado el campo a los intereses del neoliberalismo y del capital transnacional han encontrado en el control de las fuentes de riqueza nacional, bien sea de los recursos naturales estratégicos o de sectores productivos esenciales, los recursos financieros necesarios para hacer política social.

Por esto, siempre es discutible la tesis de que se debe esperar estoicamente a que el bienestar social sobrevenga del crecimiento. El asunto de los recursos financieros para solventar los derechos sociales es una cuestión sobre las prioridades políticas y sociales que tenga el sistema democrático, de modo que las razones sobre la reserva de lo posible son en buena parte puras excusas.

### **3.5 Incompletud de la sustentación jurídica de los DESC en Colombia**

Lo dicho hasta aquí permite mostrar dos perspectivas con alcances muy desiguales en el tema de la sustentación de los derechos sociales en Colombia. La de la integralidad y la de la conexidad. Esta última, reitero, en calidad de criterio con el que se adscriben los derechos sociales a normas de derechos fundamentales individuales, es un recurso inadecuado para comprender la esencia jurídica de los DESC. Incluso, ha contribuido a postergar la aplicación de conceptos políticos y jurídicos coherentes con el Pacto Internacional de los DESC, con lo que se ha retrasado institucionalmente la efectiva realización de estos derechos.

En Colombia, la Corte Constitucional no ha desarrollado una genuina jurisprudencia con enfoque en DESC. Este tribunal ha recibido excesivas críticas por los supuestos desbalances macroeconómicos e inequidades que producen sus fallos sobre derechos sociales y frente a ellas ha defendido firmemente el criterio de la conexidad. Sostiene que este recurso hermenéutico se justifica cuando se ven afectados derechos fundamentales y la dignidad humana. Sin embargo, esta defensa no representa una jurisprudencia con verdadero enfoque de DESC. La razón principal para justificar la protección de los derechos sociales es que son derechos fundamentales en sí; son secundarios los argumentos que los conectan con vulneraciones a los derechos civiles y políticos o los atinentes al costo inevitable que los DESC implican en todo Estado Social de Derecho.

La aplicación del criterio de la conexidad en relación con los derechos sociales responde, en su lógica interna, a la cuestionable idea de la existencia de una división en generaciones de los derechos humanos. Es sobre la base de esta idea que la dogmática conservadora ha creado el imaginario de la jerarquización y de la primacía de los derechos civiles y políticos.

En términos específicos, con el recurso de la conexidad, la Corte resulta amparando el derecho civil y político "fundamental" de que se trate, en lugar de proteger los derechos sociales quebrantados en el caso concreto. Con esto mantiene intacta la lógica de la cultura divisionista en los derechos humanos.

Para subrayar lo anterior, en la mayoría de sus consideraciones, la Corte hace interpretaciones de relaciones jurídicas de tipo civil vinculadas con las prestaciones relacionadas con la educación, el trabajo, la vivienda o la salud que, al incumplirse, ponen en riesgo derechos fundamentales. Dé nuevo, lo que se debe resaltar es que la Corte Constitucional no está haciendo, como se cree, una jurisprudencia con un enfoque directo o explícito en DESC:



Hoy en día, la Corte no emite muchas sentencias amparando el derecho a la salud con base en el texto constitucional. En relación con el derecho a la salud y a la noción de mínimo vital, ha venido sosteniendo, desde 1996, que está claramente sujeta a los marcos legales, reglamentarios y contractuales. Así que la Corte, en muchos casos, no está dispuesta a atender los reclamos de derechos sociales por fuera de estas relaciones. No hay mucha jurisprudencia a través de la cual la Corte incluya gente pobre, que está por fuera del sistema de seguridad social, sin que haya un proceso previo, reglamentario, contractual, de pago de cotizaciones; pero sí para que se aumenten ciertas prestaciones del POS (Plan Obligatorio de Salud) cuando está amenazado el mínimo vital. No hay jurisprudencia para escolarizar pobres en el sistema de educación; no hay en Colombia derecho constitucional de acceso a la educación, aunque sí de permanencia sobre la base de disposiciones legales o reglamentarias que dejaron de acatarse en el caso concreto.

Los derechos sociales, como salud o trabajo, se reivindican hoy en día en Colombia a través de procesos ejecutivos. Muchas veces el papel de la Corte en relación con esa clase de derechos es muy limitado; se restringe a examinar contratos como los celebrados, por ejemplo, entre una entidad prestadora de servicios de salud y uno de sus usuarios, a comprobar si dicha entidad está cumpliendo con el contrato o con sus obligaciones de ley, y a ordenarle que las cumpla. En el fondo, la Corte no está garantizando derechos sociales, sino civiles, en el sentido común de la expresión, es decir, derechos amparados por el derecho civil y, más concretamente, por el *pacta sunt servanda*. El hecho es que hay más jurisprudencia de la Corte sobre esa suerte de procesos ejecutivos laborales o de salud, que ejercicios de extensión activista de los respectivos derechos (...) (De Roux y Ramírez 2004b, 44).

En resumen, se destacan dos limitaciones básicas del criterio de la conexidad: una se refiere a que en el fondo de su concepción se mantiene la división de los derechos humanos en categorías jerarquizables: los DESC tienen siempre un carácter subsidiario, pues sólo pueden protegerse judicialmente cuando están en riesgo inminente derechos de carácter civil o político. La segunda limitación es que dicho criterio no ha fundado una verdadera línea jurisprudencial sobre derechos sociales, pues lo que protegen los jueces constitucionales son relaciones jurídicas de carácter civil que regulan prestaciones sociales.

Los límites anotados obedecen a que en Colombia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, existe una incompletud notable en la fundamentalidad de los DESC, al no tener en cuenta visiones holísticas sobre los derechos humanos. Tanto las teorías académicas comentadas como el mencionado test de fundamentalidad practicado por la Corte Constitucional han fracasado en su defensa de unos "derechos sociales fundamentales": oscilan entre posiciones conservadoras o intermedias que no sostienen decididamente que los DESC son derechos fundamentales *per se*<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Un buen ejemplo lo entrega Rodrigo Uprimny. El autor reconoce el principio de integralidad de los derechos humanos, pero a la vez siembra dudas sobre él: "Esta visión 'holista' o 'integral' de los derechos humanos y la democracia, como la denominan algunos autores, constituye hoy la filosofía política dominante en las entidades internacionales y en la mayoría de los movimientos de derechos humanos. Personalmente considero que ella encarna unas aspiraciones justas y valiosas en la medida en que muestra la unilateralidad de aquellas interpretaciones que ya sea reducen la democracia al respeto de los derechos civiles y políticos, o ya sea destruyen las libertades políticas en nombre de la búsqueda de la igualdad social. Sin embargo, debemos evitar que esa concepción integral, acertada y arriesgada en sus aspiraciones, se convierta en una filosofía ingenua, incapaz de dar cuenta de la complejidad y las tensiones de los derechos

Esta incompletud se produce porque el debate ha olvidado, en términos conceptuales y políticos, el principio de integralidad de los derechos humanos. En esencia, lo que refleja este vacío de la doctrina y jurisprudencia nacional –e internacional– es que existen nociones que se convierten en convenciones de aceptación común, pero que al mirárseles en detalle adolecen de un significado completo. Los vocablos “integralidad”, “interdependencia” o “indivisibilidad” son buenos ejemplos de esta circunstancia. Se requiere dotarlos de contenido real, de ahí los aportes realizados en el capítulo primero.

### 3.6 Corte Constitucional y fundamentalidad de los DESC

Vamos un poco más allá. Ante al dilema de la fundamentalidad de los DESC, la Corte se ha regido por una lógica más o menos estable en la idea de la aplicación del criterio de la conexidad. No obstante, ha variado con el tiempo los alcances de los fallos en materia social. La jurisprudencia ha evolucionado hacia la moderación al introducir elementos de interpretación y modulación para justificar la protección de estos derechos. Tales variaciones se pueden observar al analizar, por ahora en su panorámica, algunas sentencias paradigmáticas sobre derechos sociales emitidas en el transcurso de tres periodos diferenciados de la producción jurisprudencial que revisaremos ahora<sup>23</sup>.

Las mencionadas variaciones se deben entender como la manifestación de las estructuras profundas sobre las que se erigió la Constitución de 1991. La Carta Política consagró de manera contradictoria dos modelos de Estado: el modelo del Estado social de derecho y el Estado neoliberal, representado este último por el bloque de normas y principios económicos inspirados en la apertura económica y en las reglas del libre mercado. La tensión entre estas concepciones del Estado se ha reflejado a lo largo de quince años de jurisprudencia constitucional. Los magistrados de la primera y segunda Corte Constitucional (1992-2000) aplicaron preferentemente las normas del llamado bloque social-demócrata de la Carta, o sea, aquellos mandatos mediante los que se realizan los principios del Estado social de derecho y de la justicia material; a partir de 2001, con la “tercera Corte”, se presenta un claro giro conservador de los fallos constitucionales, que dan preponderancia al bloque de las normas económicas de estirpe neoliberal (Mejía y Galindo 2005, 384).

#### 3.6.1 Primera etapa de la jurisprudencia

En esta primera etapa comprendida entre 1992 y 1997, la Corte Constitucional se dedicó a desarrollar los postulados constitucionales del Estado Social de Derecho y a precisar los criterios de identificación de los derechos fundamentales, sin reparar de-

---

humanos, la democracia y sus relaciones pues podría pensarse que, conforme a esta visión, la unidad de los derechos humanos y su relación con la democracia son un hecho evidente y no problemático, cuando la realidad es totalmente diferente” (Uprimny 1998, 71).

<sup>23</sup> Para profundizar en las grandes transformaciones en la interpretación del derecho constitucional hechas por la Corte Constitucional, véase Cepeda (2001).

masiado en los efectos económicos de los fallos. Con ello, la producción jurisprudencial abrió una clara tendencia de constitucionalización del derecho en Colombia y un período de activismo progresista a favor de los derechos sociales.

Con relación a los derechos sociales, distinguió la jurisprudencia desde el primer momento entre derechos programáticos y prestacionales. Los derechos programáticos dependen de las posibilidades presupuestales del país (Sentencia T-427 de 1992) y los derechos prestacionales dan lugar –cuando se cumplen los requisitos para ello– al ejercicio de un derecho público subjetivo en cabeza del individuo y a cargo del Estado (Sentencia T-533 de 1992).

Con respecto a los derechos programáticos se destacan las sentencias de T-08 de 1992, T-406 de 1992 y T-407 de 1992. Estas sientan las bases del análisis jurisprudencial sobre esos derechos sociales. En estos y otros fallos, la Corte Constitucional defiende de entrada que es la voluntad democrática la llamada a concretar la cláusula del Estado social. Agrega que, por eso, el papel del poder legislativo es determinante en la definición de los medios que satisfacen los objetivos de libertad y justicia material sobre cuya base se edifica el nuevo modelo de Estado. Las solicitudes individualizadas de bienestar social presentadas a los jueces por vía de la acción de tutela no pueden reemplazar el procedimiento democrático mediante el cual se deciden las políticas sociales y se adjudican los medios para hacerlas efectivas, en este sentido, se insistió en que los fallos sobre derechos sociales sólo pueden tenerse como acciones de carácter remedial y no como factores sustitutivos de la competencia legislativa y/o administrativa.

Los derechos económicos, sociales y culturales no pueden ampararse (ni con efectos individuales y menos, con efectos generales) al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El poder legislativo debe cumplir con la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución disponiendo de las instituciones, procedimientos y recursos necesarios para tal fin. Unido a esto, la Corte preceptuó que corresponde a los miembros de la comunidad ejercitar los derechos de participación ciudadana para la fiscalización, intervención en la gestión y control del aparato público que tiene el papel primario de suministrar servicios y prestaciones.

Con lo anterior, la Corte reconoce que no pueden ampararse los derechos sociales con sacrificio del principio democrático de separación de los poderes públicos. Eso llevaría a los jueces a invadir las competencias de otros órganos. En el Estado Social de Derecho, se deben distinguir entre los derechos de aplicación inmediata (fundamentales), que pueden ser protegidos judicialmente con independencia de marcos regulatorios, pues su fuerza emana de la misma Constitución. En contraste, existen otros derechos que sí requieren un marco legislativo previo para su aplicación. En este caso, es inevitable la activa intervención del legislador para su adecuada instrumentación política, de acuerdo con el proceso de planificación y de presupuesto vigente y en atención al desarrollo económico alcanzado por la sociedad.

El legislativo debe organizar y regular los servicios y prestaciones económicas y sociales a cargo del Estado o de los particulares en función pública señalando los procedimientos necesarios para acceder a los mismos y las formas para defender los derechos por parte de sus titulares. Además, debe indicar los mecanismos de participación

que tienen los ciudadanos, dirigidos al control y fiscalización de las políticas con las que se disponen las diferentes prestaciones por el Estado.

Un tratadista denominó esa línea jurisprudencial como la más conservadora en el campo de la tutela de los derechos sociales (Sotelo 2000, 12), pues no admite que se tutelen aquellas solicitudes sobre reconocimiento de prestaciones que, aunque derivadas de normas constitucionales, no están reglamentadas en la ley. Entoñces, para hacer viable la acción de tutela sobre prestaciones socioeconómicas, la Corte acogió unos requerimientos procedimentales:

- La ley debe reglamentar esas prestaciones o derechos.
- El desconocimiento de las prestaciones debe vulnerar o amenazar un derecho fundamental. Si en la aplicación de las normas ordinarias no ocurre esto sino que se afectan otros derechos de rango legal, la tutela no procede y la actuación judicial debe seguir los medios ordinarios (judiciales, administrativos y políticos), pues el recurso de amparo constitucional es un mecanismo subsidiario y excepcional frente a estos. Lo contrario, según este razonamiento jurisprudencial, es abrir campo a un activismo judicial que imponga a las autoridades públicas gastos no prefijados en la ley.

De esta manera, la exigibilidad jurídica del cumplimiento de los derechos prestacionales, como el derecho a la seguridad social y a la salud, cuando estos se encuentran en conexidad con la vida, depende de la existencia de un vínculo jurídico de carácter legal o contractual entre el afiliado y la empresa o entidad encargada de prestar los servicios en que desdobra un derecho social. Esta es la circunstancia que prueba que no se tutelan en sí derechos, sino que se resuelven asuntos contractuales de carácter civil referidos al cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones emanadas de un contrato de afiliación entre un usuario y una empresa encargada de atender servicios sociales<sup>24</sup>.

Pese a esta visión estrecha, es en esta primera etapa de la jurisprudencia constitucional cuando la Corte posiciona la doctrina de la fundamentalidad de los DESC por vía indirecta o de conexidad. Aunque rechazó en principio (en las providencias co-

<sup>24</sup> La Corte aclara este precedente de procedimiento de la acción de tutela. Dice que acudir a la acción tutela para solucionar controversias ajenas a los derechos fundamentales configura una tergiversación de la naturaleza de esta acción, que puede llegar a deslegitimarla, en perjuicio de las personas que verdaderamente necesitan de protección. Así que, según este tribunal, la procedencia de la acción de tutela motivada en reclamaciones de índole prestacional se refiere sólo a las controversias contractuales en las que están implicados derechos fundamentales.

En la sentencia T-189/93, la Corporación sostuvo lo siguiente: "En principio, el reconocimiento de derechos cuya fuente primaria no provenga de su reconocimiento constitucional sino de la ley o del contrato, es materia de la justicia ordinaria y no de la jurisdicción constitucional. Excepcionalmente, el no reconocimiento oportuno de un derecho de rango legal puede vulnerar o amenazar un derecho fundamental, lo cual habilita al afectado para solicitar su protección inmediata, así sea transitoriamente (...). El criterio diferenciador para saber cuándo un derecho legal es tutelable remite a la estructura misma del derecho y a la existencia de conexidad directa e inmediata entre su no reconocimiento y la vulneración o amenaza de un derecho fundamental. (...)".

mentadas) que los derechos prestacionales eran fundamentales, terminó estableciendo que adquieren esta naturaleza en tres casos excepcionales:

- Cuando se hallan, como se dijo antes, en conexidad con derechos fundamentales propiamente dichos.
- Cuando se reconocen expresamente como fundamentales por la Constitución, como en el caso de los derechos de los niños (artículo 44).
- Cuando se trata del derecho al mínimo vital. Este es un derecho fundamental de creación jurisprudencial, que resulta de un esquema argumentativo: cuando está probada una situación de vulnerabilidad social que significa un grave atentado contra la dignidad humana de la persona o personas que acuden a la acción de tutela, la Corte invoca principios y derechos constitucionales (la dignidad, el Estado social y la solidaridad) que mandan a las autoridades dar prestaciones específicas. El Estado Social de Derecho debe concurrir entonces a brindar el apoyo material mínimo, es decir, aquel sin el cual los accionantes sucumben ante su propia impotencia. Y debe hacerlo con independencia de que medie una reglamentación legal previa que le de sustento a las garantías sociales reconocidas.

### **El ángulo progresista de la jurisprudencia**

El reconocimiento excepcional como derechos fundamentales de los derechos de los niños y el derecho al mínimo vital origina la vertiente más progresista de la jurisprudencia constitucional sobre derechos sociales (Sotelo 2000, 16), en la medida en que la protección de estos derechos no se difiere a la obra del legislador. Ante la evidencia de grandes inequidades y negligencias cometidas por el Estado, algunos magistrados defienden la idea de que, en casos excepcionales, ciertos derechos asistenciales son de aplicación inmediata y justiciables por vía de la tutela<sup>25</sup>. Para ellos la doctrina señalada en la sentencia T-08 de 1992, que condicionaba los desafíos de la justicia social al arbitrio del poder legislativo, implicaba sencillamente una especie de declinación de la voluntad del constituyente primario.

La Corte Constitucional expresó esta doctrina progresista de los derechos fundamentales en estos términos:

La Constitución no desconoce que la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales depende directamente de las condiciones materiales de la sociedad y de su adecuada distribución. La progresividad de su reconocimiento lleva a la doctrina a denominarlos "derechos programáticos". Corresponde al legislador determinar la forma de su realización.

No obstante, un significativo avance normativo se ha operado en el manejo de la economía con la introducción, a nivel de la elaboración del Presupuesto Nacional, de los criterios de necesidades básicas insatisfechas y de prioridad del gasto social para darles cubrimiento. En efecto, el legislador debe respetar los parámetros constitucionales establecidos para una más justa y equitativa redistribución de los recursos económicos y sociales con el objeto de favorecer a los grupos tradicionalmente marginados de los beneficios de la riqueza.

<sup>25</sup> Esta doctrina de los derechos fundamentales por conexidad indica que algunos derechos programáticos son de aplicación inmediata como por ejemplo los derechos de los niños y al mínimo vital (Sotelo 2000, 16).

Además de los cambios de la política macroeconómica, el Estado también está obligado a dar respuestas oportunas a situaciones individuales concretas, en las cuales se haga patente la amenaza a la dignidad humana de la persona y se atente contra alguno de sus derechos fundamentales.

Cuando una persona demuestra la circunstancia de debilidad manifiesta en que se encuentra, debido a su condición económica, física o mental (CP art. 13), sin que ella misma o su familia puedan responder, excepcionalmente se genera para el Estado una obligación de proteger especialmente a la persona colocada en dicha situación.

Los derechos a la salud (CP art. 49), a la seguridad social integral (CP art. 48), y a la protección y asistencia a la tercera edad (CP art. 46), en principio programáticos, pueden verse actualizados y generar un derecho público subjetivo de inmediata aplicación (CP arts. 13 y 85), si la persona interesada demuestra fehacientemente su condición de debilidad manifiesta y la imposibilidad material de su familia para darle asistencia, en particular cuando la completa ausencia de apoyo lo priva de su derecho al mínimo vital.

En tal evento, se opera una inversión en el orden de exigibilidad del principio de solidaridad social, que obliga al Estado a una prestación directa e inmediata en favor de la persona que se halla en circunstancias de debilidad manifiesta, sin perjuicio del derecho en cabeza de la autoridad estatal, cuando sea del caso, al reintegro posterior de su costo por parte del beneficiario y de su familia" (Sentencia T-533 de 1992).

En esa perspectiva, los derechos a la salud (T-484/92), a la seguridad social (T-491/92), al servicio de acueducto (T-570/92, T-244/94), al servicio público de alcantarillado (T-140/94), al medio ambiente sano (T-299/93), al mínimo vital (T-426/92, T-427/93), a especial protección de personas y grupos vulnerables (T-401/92) y otros muchos (Cifuentes 1998) pueden hacer excepcionalmente ese tránsito de derechos programáticos a derechos subjetivos exigibles inmediatamente al Estado.

### 3.6.2 Segundo momento de la jurisprudencia

Entre 1997 y 2001, la Corte Constitucional se enfrenta, en materia de DESC, a diversas circunstancias que generan restricciones en la jurisprudencia de contenido social. Eso caracteriza la segunda etapa de la jurisprudencia sobre derechos sociales. Esas circunstancias son:

- Nombramiento de nuevos magistrados.
- Fuertes críticas a los fallos de contenido económico.
- Modificaciones en la sustentación jurídica y en la metodología de los fallos sobre derechos sociales.

La Corte continuó amparando asuntos relacionados con derechos sociales, pero sin llegar a plantear que se tratasen de derechos subjetivos, como lo hizo en varias ocasiones en el período anterior. Prefirió explicar su protección acudiendo a principios del Estado social de derecho, tales como la dignidad, la solidaridad y la justicia material. Citemos algunos ejemplos paradigmáticos (Mejía y Galindo, 2005):

- En la sentencia C-1433 de 2000 se protegió el derecho a la indexación anual de los salarios de los empleados públicos, de manera igual en todos sus niveles, sobre la base de la garantía laboral establecida en el artículo 53 de la Carta a un



salario mínimo, vital y móvil. Con esta sentencia, el Alto Tribunal reconoció a los empleados del sector público el derecho a mantener el poder adquisitivo del salario y ordenó reajustarlo anualmente, de acuerdo con la inflación causada en el año inmediatamente anterior. El mismo razonamiento se sostuvo en una larga línea jurisprudencial (sentencias T-081/97, T-270/97, T-529/97, T-384/98, T-547/99, T-548/99, T-1001/99, T-1006/99, entre otras).

- La Corte reconoció igualmente la protección especial del derecho de pensión, al encontrarse relacionado con el mínimo vital, y en consideración a ello defendió el aumento de las mesadas pensionales y su pago oportuno, en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, propios de la seguridad social en Colombia (veáanse sentencias T-456/94, C-177/98, T-65/98, SU-430/98, T-325/99, T-932/99).
- La Corte amparó también el principio de estabilidad laboral de los trabajadores estatales frente a los procesos de "racionalización de la administración pública" y defendió la irrenunciabilidad o la prohibición de limitación de los derechos laborales colectivos a la asociación, negociación y huelga (por ejemplo, sentencia T-321/99).
- En relación con las normas sobre presupuesto, la primera Corte estimó que ellas debían sujetarse al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, entre los que se encontraba la efectividad de los derechos fundamentales (sentencia T-218/98). Adicionalmente, salvaguardó el principio de legalidad frente al ejercicio de facultades extraordinarias por parte del poder ejecutivo, aduciendo que el presidente no podía ir más allá de las potestades otorgadas en la ley de autorización, de suerte que tampoco podía limitar el gasto, si ello no estaba previsto (sentencia C-102/94).
- Corresponden también a este período las controvertidas sentencias sobre el sistema de financiación de vivienda a largo plazo (C-383 de 1999, C-700 de 1999, C-743 de 1999, C-700 de 1999), sentencias que declararon inexecutable el sistema UPAC, ordenaron la expedición de un nuevo marco regulatorio en esta materia y la reliquidación de créditos hipotecarios: la Corte Constitucional estimó que la fórmula de corrección monetaria con la que se liquidaban esos créditos producía un enriquecimiento injustificado de las entidades financieras. Ella misma declaró inconstitucional la capitalización de intereses en los préstamos para la adquisición de vivienda, pues con eso se imposibilitaba el acceso a la vivienda y el pago de las obligaciones por parte de los deudores.

Al lado de estos fallos emblemáticos, quizá lo más destacado en estos años en relación con la jurisprudencia sobre los DESC fue el conjunto de sentencias que desarrollaron la noción sobre derechos sociales prestacionales, entre ellas, T-205/97, SU-111/97, SU-225 de 1998 y T-118/200.

### **Sentencia T-205/97**

La Corte introdujo nuevos elementos de análisis de los DESC en la sentencia T-205 de 1997. Con ello refinó su posición anterior, pero sin transformarla en lo esencial. El

razonamiento jurídico que utiliza el Alto Tribunal es el siguiente: en el Estado liberal, los derechos fundamentales están destinados a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público, por lo cual son derechos de defensa o de estatus negativo. Pero en seguida, afirma que en la teoría constitucional contemporánea se concibe la protección de la persona más allá de ese estatus negativo del Estado. Con eso acepta un derecho a acciones positivas estatales o al cumplimiento de obligaciones de carácter prestacional.

Asevera la Corte, acogiendo el criterio de Robert Alexy (1997), que, en un sentido amplio, todo derecho a un acto positivo del Estado es un derecho a prestación, que puede tener una triple proyección: puede dar lugar a un derecho a protección, a un derecho a organización y procedimiento o a derechos a prestaciones en sentido estricto (los llama también *derechos sociales fundamentales*).

- Un derecho a protección se da cuando un titular de derechos fundamentales le exige al Estado que lo defienda ante intervenciones injustas de terceros o del propio Estado, lo que exige interconexión entre la defensa (acción negativa) y la protección (acción positiva). El ejemplo más elemental es la protección del derecho a la vida, pero como es imposible lograr en ocasiones una protección integral de los derechos, la Corte considera que hay una competencia de pronóstico del juez constitucional, que le permite ponderar cuándo y hasta dónde puede dar el Estado una protección efectiva.
- El derecho a organización y procedimiento tiene relación con el aseguramiento de la eficacia de los derechos fundamentales. Para concretarse, los derechos fundamentales requieren de dispositivos o de garantías institucionales de carácter democrático, mediante las que se establezcan procedimientos y se distribuyan competencias entre quienes detentan el poder. Por ejemplo, el derecho a participar con el voto sólo es posible si existe una adecuada organización electoral que conduzca a resultados confiables y esto incluye, además del montaje de las elecciones, la operación de sistemas de control y de resolución de conflictos.
- Los derechos a prestaciones, o derechos sociales fundamentales propiamente dichos son aquellos en los que el titular del derecho fundamental tiene competencia para exigir judicialmente la efectividad de ese derecho. Si bien la Corte no se refiere expresamente en la sentencia a contenidos mínimos justiciables de los DESC, lanza a pensar en ello cuando introduce el ejemplo de que el titular del derecho fundamental a la educación primaria tiene frente al Estado el derecho de exigirle que cumpla con el deber de darle tal educación y, correlativamente, el Estado tiene el deber de proporcionar educación preescolar y básica.

### **Sentencia SU-111/97**

En medio del debate entre la Corte y los economistas, se emite la sentencia de unificación SU-111 de 1997. En ella, el Alto Tribunal subrayó la tesis conservadora de que los jueces no pueden amparar derechos sociales prestacionales apoyándose en la cláusula del Estado Social de Derecho, pues el legislador debe regular previamente estas prestaciones. Indicó también que debían existir bases presupuestales previas a las órdenes

judiciales de tutela que tuvieran contenido económico. Esto liquidó prácticamente la posibilidad de proteger los derechos sociales, como se venía haciendo desde 1992. Por fortuna, esta condición se moduló al advertir el fallo que son excepción los casos en los que se afecte el mínimo vital.

Con la sentencia SU 111/97 se estableció que la individualización de los derechos sociales, económicos y culturales no puede ocurrir al margen de la ley y de la “reserva de lo posible”, es decir, de las posibilidades financieras del Estado. El legislador tiene la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución y para hacerlo debe crear las garantías institucionales, bien sea precisando los procedimientos y competencias, o bien, destinando los recursos del erario, necesarios para su concreción material.

### **Sentencia SU-225 de 1998**

La Corte puso otros límites a los jueces para amparar los derechos sociales en sede de tutela. Por ejemplo, no poder ampliar el catálogo de los derechos prestacionales (como lo hizo con la noción del mínimo vital). Esto ocurrió con la sentencia SU-225 de 1998. Sin embargo, en la misma, el Alto Tribunal señaló otros importantes conceptos aplicables por el juez constitucional para proteger esos mismos derechos: uno, el de aplicación inmediata de su núcleo esencial (en particular en el caso de los derechos fundamentales de los niños) y el segundo, el de la cláusula de erradicación de las injusticias presentes como deber del Estado Social de Derecho.

En relación con la aplicación del núcleo esencial, sostuvo la Corte:

El juez constitucional es competente para aplicar directamente, en ausencia de prescripción legislativa, el núcleo esencial de aquellos derechos prestacionales de que trata el artículo 44 de la Carta. En estos casos, debe ordenar a los sujetos directamente obligados el cumplimiento de sus respectivas responsabilidades, a fin de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas del menor. Si se trata de asuntos que sólo pueden ser atendidos por el Estado --bien por su naturaleza, ora porque los restantes sujetos no se encuentran en capacidad de asumir la obligación-- la autoridad pública comprometida, para liberarse de la respectiva responsabilidad, deberá demostrar (1) que, pese a lo que se alega, la atención que se solicita no tiende a la satisfacción de una necesidad básica de los menores; (2) que la familia tiene la obligación y la capacidad fáctica de asumir la respectiva responsabilidad y que las autoridades administrativas tienen la competencia y están dispuestas a hacerla cumplir; (3) que, pese a haber desplegado todos los esfuerzos exigibles, el Estado no se encuentra en la posibilidad real de satisfacer la necesidad básica insatisfecha.

i En la misma sentencia se explicó el alcance de la cláusula de erradicación de las injusticias presentes:

Según el artículo 13 de la Constitución Política, “El Estado (...) adoptará medidas en favor de los grupos discriminados o marginados”. Le corresponde al Legislador, en primer término, ordenar las políticas que considere más adecuadas para ofrecer a las personas que se encuentren en esa situación, medios que les permitan asumir el control de su propia existencia. Las leyes en este campo suelen imponer al Estado la asunción de prestaciones a su cargo. La miseria extrema, coloca a muchas personas por fuera del circuito económico. La escasa cobertura de los servicios del Estado, además, puede determinar, en este caso, que estos sujetos terminen por perder todo nexo significativo y valioso con la sociedad. Aquí se plantea a la sociedad y al Estado, el desafío

constante de corregir la discriminación y la marginación, pues aunque en sí mismas puedan ser una derivación patológica de la organización existente, la Constitución las toma en cuenta sólo con el objeto de configurar una competencia enderezada a combatirlas. A juicio de la Corte Constitucional un mandato de erradicación de las injusticias presentes, sólo puede actualizarse en el tiempo y requiere de la puesta en obra de una vasta gama de acciones que, sin lugar a dudas, deben ser decididas por el Congreso y ejecutadas por la administración. Es importante, a este respecto, subrayar que la cláusula apela a la discrecionalidad de los órganos del poder sólo en el sentido de que éstos, con base en los recursos disponibles y los medios que consideren más adecuados e idóneos, o sea dentro de lo que en cada momento histórico resulte posible, pueden encontrar para su tarea un espacio de libre configuración normativa y administrativa. Sin embargo, en cuanto a la prioridad y a la necesidad de que las medidas efectivamente se lleven a cabo, ningún órgano del poder puede declararse libre, pues, el mandato constitucional en estos aspectos ha limitado la competencia de los órganos constituidos al vincularlos a una función que en los términos de la Carta es perentoria.

(...) Debe el juez agotar secuencialmente las siguientes etapas de análisis: (1) identificación de un grupo de personas discriminadas o marginadas; (2) demostración de la existencia de una necesidad básica y de su falta de atención; (3) examen de los hechos y razones relativos a la respuesta dada por el Estado a la situación específica de marginación o discriminación; (4) calificación constitucional acerca del grado de cumplimiento histórico que en la situación concreta ha debido tener el mandato de erradicación de las injusticias presentes, atendidas las posibilidades legales y fácticas del momento.

### Sentencia T-118/2001

En 2001, la Corte reforzó la tesis de que los DESC son derechos de carácter prestacional y no se inscriben en la órbita de los derechos subjetivos fundamentales. Así lo enunció en la sentencia T-118. Esa naturaleza programática se deriva de la diligencia presupuestal y de la planificación que debe desplegar el Estado para cumplir con las obligaciones que le imponen, de conformidad con las reglas y procedimientos establecidos en la Constitución, lo que implica que sólo en la medida en que se elaboren los respectivos planes y se obtengan los recursos para desarrollarlos, se crean las condiciones de eficacia que permiten exigir tales prestaciones como derechos subjetivos.

Sopesando lo anterior, la Corte Constitucional ha aplicado el concepto de la "transmutación" de un derecho prestacional en un derecho subjetivo (T 304/98, SU-819/1999) en el afán de ampliar la fundamentalidad de los derechos sociales. Como se ha dicho para la Corte los derechos de naturaleza económica, social y cultural para su implementación requieren de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y la asignación de recursos para garantizar su acceso, estos motivos hacen que estos derechos no den poder para exigir del Estado una pretensión subjetiva. Empero, la jurisprudencia ha indicado que la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose, entonces, lo asistencial en una realidad concreta en favor de un sujeto específico; entre estas condiciones se encuentra sin duda la vulnerabilidad socio-económica de las personas, que obliga al Estado al reconocimiento de prestaciones básicas pues de lo contrario se provocarían perjuicios irremediables a los derechos fundamentales.

### 3.6.3 Tercera etapa de jurisprudencia

Entre 2001 y 2007 se encuentra una nueva producción jurisprudencial de la Corte Constitucional. La determinan varios factores, entre ellos los siguientes:

- El aumento considerable de acciones de tutela, motivadas en la defensa de los derechos a la salud y a las pensiones, afectados por la liquidación o crisis de varias entidades de previsión o seguridad social.
- El aumento de acciones de tutela en defensa del derecho al trabajo, afectado por los procesos de privatización y reestructuración de empresas o entidades oficiales<sup>26</sup>.
- El debate público sobre la legitimidad del control constitucional a la economía y la conveniencia de los fallos de tutela referidos a derechos prestacionales (Dueñas 2000, 11 y siguientes).
- Los anuncios del gobierno de introducir reformas al funcionamiento de la justicia constitucional y a la acción de tutela (CCJ 2003, 42 y siguientes).

En general, los lineamientos generales de la jurisprudencia sobre los DESC se reiteran pero se avanza en algunas discusiones sobre contenido esencial y justiciable de estos derechos. Es notorio el hecho que en este período el Alto Tribunal utilice con mayor frecuencia argumentos tomados de las interpretaciones autorizadas que hacen los órganos de supervisión de los instrumentos internacionales donde se consagran los DESC. Por ejemplo, las observaciones generales emitidas por el Comité del Pidesc, a las que la Corte al invocarlas les concede fuerza vinculante (T-739/04, T-1318/05), y a otros desarrollos doctrinarios (resoluciones y recomendaciones internacionales de instancias de supervisión) de las que se dice cumplen una función auxiliar en la interpretación constitucional (T-1291/05).

Veamos otros ejemplos. En varias sentencias (T-958 de 2001, C-936 de 2003, T-1091/05, T-1318-05), la Corte Constitucional asumió la discusión sobre el contenido mínimo y el contenido programático del derecho a la vivienda. Expresó que no puede asumirse que por el mero hecho de que está en juego un derecho económico, social o cultural, la tutela no sea procedente. Será necesario siempre que se establezca si el caso cae bajo alguna de las categorías fijadas por la Corte (transmutación, conexidad o mínimo vital) o responde a las obligaciones estatales de protección o respetto.

La dificultad para definir la naturaleza jurídica del derecho a la vivienda digna estriba en el hecho que su configuración positiva es compleja, pues de la disposición constitucional que lo consagra se desprenden distintas normas con diversos contenidos. A pesar de su estructura abierta e indeterminada del artículo 51 de la Constitución

<sup>26</sup> El doctor Dueñas ha estimado que entre 1992 y 2004 llegaron a la Corte Constitucional 850.569 expedientes de tutela, la mitad motivados por reclamaciones por salud y pensión. El crecimiento de expedientes de tutela en sede de revisión ha sido progresivo: en 1992 llegaron a la Corte 10.732 casos, en 1993: 20.181, en 1994: 26.715 tutelas, en 1995: 29.950, en 1996: 31.248 expedientes, en 1997: 33.663, en 1998: 38.248 y entre 1999 – 2004 659.832. Dueñas Ruiz, Oscar. "El principio de solidaridad en el pensamiento de los pueblos andinos". Ponencia citada. p. 15.

Política, bajo determinadas circunstancias se pueden derivar derechos subjetivos tutelables, como por ejemplo, casos concretos en los cuales las autoridades estatales han incumplido sus obligaciones de respeto y garantía y han afectado el derecho a la vivienda digna; en estos casos tal derecho adquiere la configuración de un derecho de defensa frente a injerencias arbitrarias de las autoridades estatales o de los particulares.

Los restantes contenidos normativos que se desprenden del artículo precitado tienen en principio un carácter prestacional y progresivo, por lo tanto estarían inicialmente sujetos a la definición de políticas públicas estatales. Sin embargo, una vez definidas tales políticas públicas por los órganos con competencia en esta esfera, trátese del poder legislativo o de la administración en sus distintos niveles territoriales, se pueden constituir derechos subjetivos de carácter iusfundamental susceptibles de protección por intermedio de la acción de tutela.

En todo caso, los contenidos normativos de carácter prestacional y programático encierran un conjunto de obligaciones estatales, las cuales han sido precisadas no sólo por la doctrina y por la jurisprudencia comparada sino también por la jurisprudencia de la Corte. Precisamente para definir el alcance de estas obligaciones estatales en relación con el derecho a la vivienda esta Corporación ha acudido en gran medida a los criterios fijados por el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la observación general No. 4.

La misma lógica ha aplicado la Corte en el tema del contenido esencial y de la progresividad del derecho a la salud. Verbigracia, en la sentencia T-739/04 el Alto Tribunal aceptó como vinculantes para el Estado colombiano tanto las previsiones sobre progresividad del derecho a la salud como sus dimensiones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad dispuestas en la Observación General No. 14 del Comité del Pidesc. Afirmó que para el Comité el contenido del principio de progresividad, según el cual la ampliación del servicio público de salud está ligada al nivel de desarrollo económico de cada Estado, no debe interpretarse en el sentido que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Partes. Antes al contrario, la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12 del Pacto.

La Corte acogió el significado dado por el Comité al principio de progresividad afirmando que implica una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que las decisiones restrictivas adoptadas están debidamente justificadas con las exigencias que impone el Pidesc.

Siguiendo el mismo derrotero la Corte en la sentencia T-595 de 2002, hizo compatible la progresividad y la exigibilidad de los derechos fundamentales en lo que respecta a su dimensión prestacional en el siguiente sentido:

Así entendida la progresividad adquiere su pleno alcance constitucional. Tomar los derechos en serio exige, también, tomar la progresividad en serio, como lo han precisado los organismos



internacionales competentes. En primer lugar, la 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 segundo lugar, la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos. En tercer lugar, el Estado puede a través de sus órganos competentes definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y, también, puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos. Sin embargo, estas decisiones públicamente adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio racional que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas. Así, cuando tales compromisos han sido plasmados en leyes y representan medidas indispensables para asegurar el goce efectivo de derechos fundamentales, los interesados podrán exigir por vía judicial el cumplimiento de las prestaciones correspondientes.

Otro ejemplo: la sentencia T-1291/05. En ella, la Corte Constitucional resolvió un caso de seguridad social relacionado con una persona con discapacidad física. Para sustentar el fallo y argumentar sobre los derechos que pertenecen a las personas con limitaciones físicas y sobre las medidas legislativas que las excluyen, con violación del principio de igualdad y del principio de progresividad, acogió en su argumentación las orientaciones del Comité del Pidesc en estos temas, previstas en las observaciones generales 3, 5 y 6.

### **Giro hacia una jurisprudencia neoliberal**

Pero, no obstante esta sustentación de las sentencias a partir de los desarrollos del derecho internacional de los DESC, la contradicción constitucional presente en la práctica judicial entre Estado social de derecho y Estado neoliberal se vuelve trascendental en este período. Como bien lo ilustra el profesor Oscar Mejía, con la tercera Corte Constitucional se ha consolidado una jurisprudencia de carácter neoliberal que, anteponiendo razones y principios del bloque económico de la Constitución, como los de libertad de empresa, de competencia y de economía, el principio de legalidad del gasto y el de la valoración de las metas de la política macroeconómica en coyunturas de crisis, ha disciplinado los fallos de la Corte Constitucional a los lineamientos del Banco de la República (Mejía y Galindo 2005, 384). Con ello se ha variado la mayor parte de la *ratio decidendi* en que se basó la jurisprudencia social, de modo que se instaló en cambio una jurisprudencia conservadora y prudente frente a los efectos económicos de las decisiones. Son ejemplos de ello:

- Frente a la línea jurisprudencial que reconoció a los servidores públicos de manera general el derecho a mantener el poder adquisitivo del salario y ordenó su aumento anualmente (sentencia C-1433 de 2000), se expidió la sentencia C-1064 de 2001 en la que la Corte moduló esta posición: introdujo una escala de incremento salarial que distinguió categorías de reajuste según el monto de ingresos de los empleados públicos, en razón de las restricciones del gasto público que deben ser ponderadas en el análisis constitucional.

- La jurisprudencia garantista del derecho de pensión y el incremento de las mesadas, por consideraciones del mínimo vital y móvil, y basada en la protección especial que merecen las personas mayores adultas se relativizó con la sentencia C-1064 de 2001, que condicionó la procedencia de la acción de tutela a probar en el caso concreto un perjuicio que afecte la dignidad humana.
- La jurisprudencia que amparó la garantía a la estabilidad laboral frente a los procesos de racionalización de la administración pública (sentencia T-321 de 1999) se revirtió con la sentencia C-349 de 2004, que declaró la constitucionalidad de la escisión del Instituto de Seguros Sociales. En este fallo, la Corte estimó que aunque el proceso de reestructuración administrativa de una entidad, motivado por su inviabilidad financiera, afecta la planta de personal por ser inevitable el retiro de una parte de los servidores públicos, esta decisión se justifica cuando se comprende que la garantía de estabilidad en el empleo no es absoluta y ella se preserva cuando se brindan condiciones para que los trabajadores retirados puedan ser reincorporados mediante concurso de méritos y reciban la indemnización correspondiente.
- En relación con la jurisprudencia sobre la financiación de vivienda a largo plazo que había declarado la inexequibilidad del sistema UPAC y obligado a la reliquidación de créditos hipotecarios, la Corte expidió recientemente la sentencia de unificación SU- 813 de 2007, en la que ordenó a los jueces terminar de oficio todos los procesos ejecutivos vigentes contra deudores de créditos hipotecarios en UPAC, iniciados antes del primero de enero del año 2000. Determinó igualmente que los créditos vigentes en UPAC deben reliquidarse en UVR, conforme a la ley 546 de 1999 y a la sentencia 955 de 2000. Con el fallo, se otorgó seguridad jurídica a los bancos para la recuperación de las cartelas hipotecarias a través de nuevos acuerdos de pago con los deudores, pero se impidió amparar de manera general el derecho a la vivienda de los usuarios del UPAC, cuyas viviendas se remataron o entregaron en dación de pago a las entidades financieras<sup>27</sup>, debido a que se estimó que esos procesos hicieron tránsito a cosa juzgada.

Con la jurisprudencia sobre servicios públicos también puede rastrearse el giro conservador de la actual Corte. En la Sentencia T-540 de 1992 la Corte progresista estableció las siguientes subreglas de interpretación constitucional sobre los servicios públicos:

- Los servicios públicos son los medios por los cuales el Estado social de derecho materializa sus fines primordiales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales (artículo 2, C.P.), por lo cual los poderes constituidos sólo tienen razón de ser en la medida en que efectivamente estén al servicio de la comunidad, procurando la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros

<sup>27</sup> Existen en la actualidad 347.300 usuarios demandados, 113.896 procesos ejecutivos vigentes, 37.602 demandas contra los bancos, 77.856 daciones en pago, 45.983 arreglos con deudores y se han reliquidado desde el año dos mil cerca de 550.000 créditos.

- La noción de *servicio público* no puede seguirse asociando con pesadas cargas que recaen sobre el Estado burocrático, sino más bien concebirse como un logro conceptual y jurídico de los ciudadanos en su propio beneficio. Expresa más bien la transformación política fundamental consistente en la subordinación de los gobernantes a los gobernados, o dicho de otra manera, de los servidores públicos a las necesidades y demandas de los ciudadanos.
- La prestación de los servicios públicos no se soporta sobre una decisión discrecional del poder público sino en la aplicación concreta del principio fundamental de la *solidaridad social* (artículos 1 y 2, C.P.). A través de tal instrumento el Estado puede alcanzar el objetivo de la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva (art. 13, CN). Prestar los servicios públicos comporta una transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de *justicia redistributiva* que, mediante el pago discriminado de los servicios públicos, con base en la estratificación por estratos en función de la capacidad económica del usuario, permite en cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no gozarían de estos beneficios del desarrollo económico.

La tercera Corte cambia drásticamente esta perspectiva de la jurisprudencia. Al revisar acciones de tutela contra las empresas estatales y privadas prestadoras de servicios públicos domiciliarios incoadas por usuarios “desconectados” de los mismos, la Corte Constitucional ha resuelto las tutelas con un sorprendente pragmatismo neoliberal:

La Corte comprende que la mala situación económica que afecta a amplios sectores de la población coloca a miles de personas en situación angustiosa de pobreza y marginación. El desempleo y la falta de oportunidades impiden a dichas personas proveerse los ingresos necesarios para asegurarse una vida digna. No obstante, la situación de pobreza no es, en todos los casos, una razón válida para dejar de cumplir los deberes de la persona y el ciudadano, en especial el deber de “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad”. El argumento de la pobreza no tiene el alcance de suspender en todo caso los deberes sociales de los particulares. (Sentencia T-598 de 2002).

Como consecuencia de esta postura, la Corte no ha amparado los derechos fundamentales que los usuarios “desconectados” de los servicios públicos domiciliarios han alegado que se les violan. Es claro que esta Corte no concibe la pobreza como el resultado de omisión de la garantía de los derechos humanos por parte del Estado, ni como un resultado de las políticas de privatización y de gestión mercantil del acceso a los servicios públicos domiciliarios, políticas con las cuales se ha empobrecido a la ciudadanía, sino que ve en la falta de pago de los servicios públicos domiciliarios y en la pobreza, una especie de coartada o excusa que utilizan los ciudadanos para eludir su deber de aportar a la estabilidad y crecimiento económico de las empresas prestadoras de tales servicios.

Todos estos fallos se han referido a conceptos como la crisis económica, el equilibrio financiero o la crisis fiscal del Estado y han restringido la protección de los derechos sociales, con el argumento de la optimización de los recursos para enfrentar

el problema económico. Es por ello que se habla del posicionamiento de una jurisprudencia conservadora que se apoya válidamente en los principios la Constitución económica neoliberal (Mejía y Galindo 2005, 399). Pero aunque la jurisprudencia de la tercera Corte Constitucional pueda estar legitimada en las normas económicas de la Constitución, su orientación se pone en contravía del principio universal de primacía de los derechos humanos (artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas).

### 3.6.4 La cuestión del legislador omisivo

Planteábamos en otra parte cómo una de las críticas más vehementes que hacen los neoliberales a la justicia constitucional es que en las sentencias de contenido económico que emite, todas para resolver demandas sociales alrededor de los DESC, los jueces quebrantan el principio democrático al tomar decisiones que, en estricto sentido, en un Estado de derecho, le corresponden al poder legislativo, por ejemplo, la facultad para distribuir el presupuesto público.

Sin embargo, nos hemos preguntado también sobre la legitimidad que tienen los jueces cuando se enfrentan a tomar decisiones sobre derechos que deben ser cumplidos por mandato constitucional, en circunstancias de renuencia o inactividad de los demás poderes públicos. Frente a estas situaciones de omisión o de incorrección en el desarrollo de las políticas sociales, muchos analistas defienden el activismo judicial y relativizan la aplicación estricta del principio democrático.

A propósito de lo anterior, Rodrigo Uprimny hace la siguiente reflexión:

Pero es precisamente la debilidad de nuestra democracia y la consecuente dificultad de defender derechos por medio de la legislación, la que fundamenta una crítica a este modelo, pues es la ley la encargada de ordenar el gasto público en esta materia. En efecto, lo ideal es que los derechos sociales se desarrollen por medio de leyes y los jueces cumplan una función remedial cuando la ley para proteger estos derechos sea insuficiente. Pero cuando esa situación no se cumple, y se presenta una omisión del legislador que viola los derechos constitucionales, se cambia la interpretación que de estos derechos hace el juez, pues la percepción de un sistema legislativo inoperante, justifica el activismo judicial como remedio a la ausencia de la ley y su intervención en las competencias de otros órganos estatales.

Lo que plantea la solución es: i) que las autoridades definan el alcance de los derechos sociales; ii) una justicia constitucional que interviene en la defensa de estos derechos cuando no se cumplan los mínimos constitucionales; iii) la inconstitucionalidad por omisión, sería la forma como los jueces ejercen su control constitucional para que el legislativo asuma su responsabilidad en desarrollarlos, en lugar de que sea la Corte la que resulte legislando sobre la materia; y por último iiiii) implica un activismo judicial que jalona las instancias políticas, sin que ello implique una subordinación al poder judicial<sup>28</sup>.

Cuando las autoridades estatales encargadas de expedir y ejecutar las políticas públicas desconocen el profundo alcance de los mandatos constitucionales, desbalancean al sistema democrático e inducen con ello de cierta forma a los jueces a

<sup>28</sup> En Bocanument (2005, 10).

modificar las reglas de juego que se establecen para los diferentes órganos públicos. Por esto, vale la pena que revisemos ahora someramente la cuestión del “legislador omisivo”.

Como se puede constatar en el panorama de la jurisprudencia constitucional presentado sobre los DESC, la Corte Constitucional ha defendido siempre el papel central del poder legislativo en la configuración de estos derechos, tanto en el desarrollo de garantías institucionales como en la adjudicación de los presupuestos que los hacen posibles de forma progresiva. Para ilustrar ese papel, en la sentencia C-596 de 1997 se detallaron las competencias del legislador en relación con la seguridad social como derecho prestacional:

Los derechos que se derivan del concepto de seguridad social, entre ellos el derecho a la pensión de vejez, son derechos reconocidos por la doctrina internacional como ‘derechos de segunda generación’, esto es, aquellos llamados derecho - prestación. Estos derechos, a diferencia de los de primera generación o derechos fundamentales, que por tener un contenido axiológico inherente a la naturaleza humana tienen una eficacia jurídica directa, implican, en cambio, un desarrollo legislativo para poder hacerse efectivos.

En relación con ellos, la doctrina, con base en la interpretación del derecho internacional vigente, en especial del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, expone que son ‘derechos’ en la medida en que sus titulares pueden demandar su cumplimiento con fundamento en las normas legales, pero que de cara a su reconocimiento por parte del legislador, éste no está necesariamente obligado a ello, sino que su obligación se concreta en el imperativo de dedicar los recursos económicos y financieros de la sociedad a su satisfacción. Por lo tanto, a diferencia de los derechos de primera generación o derechos de la persona humana, cuyo reconocimiento se impone al constituyente, al legislador y al juez, y sobre cuya efectividad funda el Estado Social de Derecho su legitimidad, los derechos de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales, exigen desarrollo legislativo para poder hacerse eficaces. (...)

Si la obligación del Estado es ‘lograr progresivamente’ la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, y ‘en la medida de los recursos disponibles’, ello necesariamente indica que la posibilidad de reclamación de ellos se supedita al desarrollo legislativo que, para estos propósitos, adelanta el Estado respectivo, lo cual, obviamente, dependerá del desarrollo económico alcanzado por la comunidad política. Por ello el constituyente colombiano indicó reiterativamente, en el artículo 48 de la Carta Política, que la Seguridad Social era un servicio público que se prestaría en los términos que estableciera la ley; que el Estado, con la participación de los particulares, ampliaría progresivamente la cobertura de la Seguridad Social, que comprendería la prestación de los servicios en la forma que determinara la ley; y que la seguridad social podría ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

Una primera cuestión a tener en cuenta es que a la competencia general atribuida al legislador para definir los procedimientos y progresos de los DESC, se anteponen como límites los mandatos de la Constitución. En la sentencia de constitucionalidad C-967 de 2003, la Corte sostuvo:

No obstante, la libertad de configuración del legislador en este punto se encuentra limitada por los valores y principios que soportan la noción de Estado Social, y por aquellos que el mismo constituyente ha entendido que deben presidir la organización del referido sistema, enunciados en el artículo 48 superior. Entre ellos están el principio de universalidad que implica la

garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación y en todas las etapas de la vida, y el de solidaridad que impone la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

En concordancia con lo anterior, se explica en el fallo precitado que tal libertad configurativa del Congreso sobre el servicio público de la seguridad social es relativamente amplia y se puede simplificar en las siguientes facultades: "(i) concretar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, (ii) regular los servicios, (iii) autorizar o no la administración del sistema por particulares, (iv) determinar el monto de los aportes, etc".

De suerte que las estrategias adoptadas por el legislador en su función de trazar los marcos institucionales y los medios de realización de los DESC no tienen carácter absoluto ni aislado, pues deben ajustarse a los requerimientos de la Constitución. Es tan importante el ejercicio de esta facultad del poder legislativo en materia de derechos sociales que, como hemos analizado, la jurisprudencia ha condicionado la procedencia de la acción de tutela sobre estos derechos a que las prestaciones que emanan de ellos, se encuentren reguladas previamente en la ley, y que con su incumplimiento se amenacen o vulneren derechos de carácter fundamental.

A estas alturas de la reflexión, la pregunta que forzosamente nace es qué efectos jurídicos, en el plano constitucional, tiene aquella regulación del legislador sobre los derechos sociales que se distancia de los parámetros fijados por las normas superiores y termina haciendo desarrollos inadecuados<sup>29</sup>, o inocuos, de los derechos sociales. O, peor aún, cómo se controla la omisión del poder legislativo para desarrollar a los DESC de acuerdo con los preceptos de la Constitución y de las obligaciones que imponen los tratados internacionales, como es el caso de la no expedición aún del estatuto del trabajo ordenado por el artículo 53 Constitución Política, tan necesario para amparar los derechos de los trabajadores en estos tiempos de desfregulación laboral.

La verdad, en Colombia existe una doctrina ambigua frente al fenómeno de la omisión del poder legislativo<sup>30</sup>. Ni en la Constitución de 1991, ni en las constituciones

---

<sup>29</sup> Sería el caso de la ley 100 de 1993, que establece el sistema de seguridad social integral. Según un estudio de 2005, a trece años de su expedición y de abundantes decretos reglamentarios, no ha logrado cumplir con las exigencias de cobertura universal, calidad, solidaridad, equidad y eficacia que trazó la Constitución. La cobertura del sistema de seguridad social en salud se ubica en el 62% para el total nacional, evidenciándose en los últimos años un estancamiento en el nivel de afiliación; las diferencias en la afiliación en el sistema han introducido grandes inequidades en el acceso a los servicios de salud, así por ejemplo, la atención médica oscila entre el 63,3% para el 10% más pobre de la población y el 78% para el decil más rico, lo que equivale a una brecha de 15 puntos porcentuales entre unos y otros. En el caso del derecho a la pensión para el año 2004 sólo el 24% de la población económicamente activa se encontraba afiliada y menos del 25% de la población en edad de pensión estaba pensionada (véase Garay 2005).

<sup>30</sup> Véase Ibagón (2002, 311 y siguientes).



anteriores, se introdujo ninguna acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, como existe, por ejemplo, en Brasil<sup>31</sup>, Venezuela<sup>32</sup>, Argentina<sup>33</sup> y en otros países latinoamericanos.

Se debe tener en cuenta que la Constitución no sólo otorga al legislador facultades para regular ciertas materias: además, le prohíbe y ordena de manera imperativa realizar o no determinadas conductas. Siendo así, el poder legislativo tiene una amplia libertad para configurar todo aquello que no está expresamente prohibido por la Constitución o que depende de su discrecionalidad, pues no es obligatorio regularlo. De lo contrario, o sea, cuando media una orden constitucional al legislativo, ya no es libre para configurar el asunto de que se trate, pues está sujeto a los límites dados por la Constitución.

En conclusión, la omisión legislativa operaría allí donde el legislador es renuente a expedir las normas que la Constitución le ordena para regular determinadas materias o lo hace en forma defectuosa. La doctrina se ha referido a la inconstitucionalidad por omisión en dos variantes básicas: la inconstitucionalidad por retardo y la inconstitucionalidad por negación.

La inconstitucionalidad por retardo o mora resulta precisamente de la inercia de la autoridad para dictar la norma legal o general que le manda la Constitución. Ocurre

<sup>31</sup> En Brasil, existe el llamado mandato de *injunción*, que según el artículo 5 inciso LXXI de la Constitución de este país es un mandato que se concede siempre que la falta de una norma reglamentaria haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía. Se trata de una acción particular, tendiente a la defensa de derechos y garantías individuales, a través de la cual la omisión impugnada es suplida por una orden judicial que produce efectos estrictamente *inter partes*.

De acuerdo con la constitucionalista Claudia Barbosa: "es un instrumento creado para garantizar la efectividad de derechos previstos en la Constitución que no pueden ser demandados por la gente por ausencia de una ley complementaria que los reglamente. Normalmente hay que esperar que la norma complementaria sea hecha por el poder legislativo, pero el mandato de *injunción* permite que alguien que se sienta atacado en su derecho individual por falta de la norma, pueda demandar ante el poder judicial que le garanticen su derecho. La idea es acabar con la omisión del poder legislativo, pero una decisión de la Corte Constitucional —el Supremo Tribunal— estableció que ella solamente puede comunicar al poder público legislativo que debe hacer la norma para garantizar ese derecho. De esta manera, una decisión del poder judicial tornó inútil la idea del mandato de *injunción*. Así entonces no se puede garantizar el derecho y con esto el poder judicial se torna muy débil también (...)" (Barbosa 1992, 34).

<sup>32</sup> El artículo 336, apartado 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la potestad para "Declarar la inconstitucionalidad del Poder Legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección".

<sup>33</sup> En Argentina, en el orden nacional no existen normas expresas que consagren la facultad judicial para resolver la hipótesis de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. En el orden federal, donde opera un control constitucional de carácter difuso, es decir, en donde cada tribunal (sea de primera o segunda instancia y la Corte de Justicia) puede declarar la inconstitucionalidad de una norma, se ha ido desarrollando una jurisprudencia de precedentes a favor de la figura de la inconstitucionalidad por omisión véase Bazán (2003, 182).

esto cuando el legislador retarda la expedición de las leyes a través de las cuales se organiza y regula a los poderes públicos u órganos constitucionales, o para desarrollar y regular cláusulas superiores que no tienen carácter autoejecutivo.

La inconstitucionalidad por negación o por omisión relativa ocurre cuando el legislador –u otro órgano estatal– no hace efectivos los preceptos constitucionales en la forma establecida por la Carta Fundamental, bien porque lo hace de manera parcial o incorrectamente al no regular algunas hipótesis dejando con ello lagunas en la legislación, o bien porque excluye a un grupo, del ejercicio de un derecho o niega arbitrariamente la protección de sus intereses.

Con este preámbulo, revisemos la trayectoria de la discusión sobre las omisiones legislativas en Colombia. El asunto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa fue considerado por primera vez en la Corte Constitucional mediante la sentencia hito C-543 de 1996, con ponencia de Carlos Gaviria Díaz. En este fallo, se acogió como concepto de la omisión legislativa “todo incumplimiento por parte del legislador de un deber de acción expresamente señalado por el Constituyente”.

La jurisprudencia diferenció entre omisión legislativa absoluta, cuando falta la disposición de desarrollo legislativo de una norma superior, y omisión legislativa relativa, cuando, si bien el legislador ha expedido la ley, en ella sólo ha establecido algunas disposiciones, dejando de hacerlo respecto a otros tópicos o supuestos.

Adicionalmente, en la misma sentencia, la Corte Constitucional señaló que respecto de tales omisiones, sólo es competente para conocer aquellas de carácter relativo. Mientras en la omisión absoluta el legislador no ha tenido ninguna actuación, en las de carácter relativo existe una actuación del legislador, pero ella es incompleta o imperfecta, en cuanto excluye determinado ingrediente o condición jurídica que resulta imprescindible a la materia allí tratada, o si habiéndolo incluido, es incompleto frente a ciertas situaciones que también se han debido integrar a sus presupuestos fácticos.

La Corte consideró que carece de competencia para conocer de las demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, por ser imposible, en ese caso el cotejo normativo propio del examen de constitucionalidad y existir carencia de objeto, situación que, por el contrario, no ocurre con la omisión legislativa relativa, en la que sí hay un objeto frente al cual ejercer la competencia de control de constitucionalidad. En la llamada omisión relativa o parcial, la Corte puede proferir decisión de fondo justificadamente, porque aquella se edifica sobre una acción normativa del legislador, específica y concreta, que resulta problemática, pues ha excluido determinado ingrediente o condición jurídica que resulta imprescindible a la materia allí tratada, o porque habiéndolo incluido, lo hace en forma incompleta. En suma, en la hipótesis de la omisión legislativa relativa, se cumple el fundamento básico del control constitucional, cual es la confrontación objetiva entre la ley y la Constitución, de cuyo análisis se puede concluir que la regulación examinada puede resultar arbitraria, inequitativa o discriminatoria en perjuicio de ciertas garantías constitucionales.

Es amplia la jurisprudencia (C-108 y C-555 de 1994; C-188, C-543 y C-690 de 1996 y C-405 y C-540 de 1997, C-185/02, C-823/05, entre otras) en la que la Corte

mantiene unánime el criterio de sólo aceptar la competencia para conocer y decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad, cuando el cargo es la omisión de carácter relativo en que ha podido incurrir el legislador en un determinado precepto o regulación. Lo problemático ocurre frente a la hipótesis de una imposibilidad jurídica de conocer de las demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, pues, con ello, la Corte termina aceptando, en el fondo, una declinación de la misma Constitución.

El Alto Tribunal explica así su incompetencia frente a la omisión legislativa absoluta:

Tratándose de la omisión absoluta, es claro que el órgano de control carece de competencia para emitir pronunciamiento de fondo, pues la misma comporta una ausencia total e íntegra de normatividad que, en cualquier caso, impide una confrontación material, objetiva y verificable con el texto de la Carta Política, aspecto que resulta relevante al proceso de constitucionalidad, en cuanto responde a la técnica a partir de la cual éste último se edifica, configura y desarrolla. Al respecto, no sobra recordar que la acción pública de inconstitucionalidad ha sido definida por esta Corporación como el mecanismo judicial a través del cual '... [se] busca el cotejo, por la autoridad judicial competente -en Colombia, la Corte Constitucional- entre el precepto legal demandado y los mandatos constitucionales'. Por ello, si no ha sido expedida una ley en sentido formal y material, no puede hablarse de un cotejo entre normas legales y el texto de la Constitución Política y, de contera, no es posible que prospere el reproche que por omisión se formula ante este organismo de control (...) (sentencia C-185/02).

En relación con esto, no cabe duda de que la Corte renuncia a defender el más claro paradigma sobre el que se ha edificado el Estado constitucional: la supremacía de la Carta Fundamental<sup>34</sup>. Por dicha razón, insistimos, declina la Constitución, al asumir la posición más restrictiva en este plano. No se entiende cómo la Corte Constitucional se empeña en declararse incompetente para declarar la inconstitucionalidad por inacción absoluta del legislador, aludiendo a una falta de objeto (legislativo) que permita confrontarlo con las normas superiores, cuando el problema que plantea este fenómeno es, precisamente, que con la omisión absoluta del legislador se impide la eficacia de la Constitución en aquellos aspectos que requieren desarrollo legislativo.

El asunto es de vital trascendencia tratándose de los DESC que, como hemos anotado, en la mayoría de los ocasiones, requieren regulación legislativa. Si entendemos estrictamente la hipótesis conservadora de la Corte frente a su incompetencia para tramitar demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, no habría cómo hacer efectivos, según los estándares internacionales, los derechos al trabajo, a la alimentación, a un nivel de vida adecuado y otros en los que no hay ninguna norma explícita dictada por el legislativo. Es decir, estos derechos son anodinos según la posición de la Corte.

Podría contra-argumentarse que ahí está el Código Sustantivo del Trabajo, que ha pasado varios exámenes de constitucionalidad y con ello basta para disculpar la omisión del legislador de expedir el estatuto del trabajo que ordena desde hace quince años el artículo 53 de la Carta. Pero lo que ocurre es que han emergido nuevas formas de

<sup>34</sup> Tajadura (2003, 297).

flexibilización laboral, con respecto a las cuales las viejas regulaciones del Estado benefactor se quedan cortas y no alcanzan a proteger los derechos fundamentales de los trabajadores en medio de las transformaciones que ha supuesto el actual mercado laboral. No por otra razón se necesita el estatuto de trabajo que el Constituyente de 1991 ordenó crear, con el propósito de ampliar el espectro de la protección de los derechos de los trabajadores y de las trabajadoras frente a las nuevas formas de explotación de la fuerza de trabajo que ha traído consigo la etapa neoliberal del capitalismo.

El legislador como poder constituido se debe a la voluntad del Constituyente y en tal sentido no puede oponerse a ella colocando talanqueras o asumiendo un papel de inactividad. Si la voluntad del Constituyente de 1991 se encaminó a la creación de un Estado social de derecho que realizara las libertades, la igualdad y la justicia material, no es laudable mantener las válvulas de escape a través de las cuales se dilata o se dificulta esa aspiración.

En la relatoría sobre derechos fundamentales conocida en 1999<sup>35</sup>, la Corte manifiesta una idea un poco divergente frente a la línea jurisprudencial conservadora que se ha comentado. Se pregunta: si frente al dilema de la falta de intervención legislativa que desarrolle los derechos de prestación de la Constitución, ¿debe el juez permanecer a la espera de que se produzca dicho desarrollo, y en tal caso, considerar los textos que consagran tales derechos como desprovistos de fuerza normativa, o por el contrario, debe el juez definir el contenido de tales derechos, anticipándose al legislador y aplicándolos de manera directa a partir del propio texto constitucional?

La respuesta que dio es:

el juez debe actuar con prudencia y firmeza a la vez. En primer lugar, la intervención judicial en el caso de un derecho económico, social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental. En estas circunstancias, el juez actúa bajo condiciones similares a aquellas que se presentan cuando debe resolver un problema relacionado con un vacío o una incoherencia de la ley. Es claro que en todos estos casos el juez decide algo que en principio le corresponde al legislador. Sin embargo, en estas precisas condiciones, la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir, implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional. La solución opuesta -es decir la que supone la no intervención judicial- desconoce los valores y principios constitucionales que consagran la efectividad de los derechos (art.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..."; Art. 5 "El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables..."; Art 13 inc. 2: "El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva...") y desconoce la prevalencia del derecho sustancial sobre los procedimientos, consagrada en el artículo 228. Pero quizás lo más grave de la solución que se comenta consiste en el desconocimiento del artículo cuarto de la Constitución, en el cual se afirma que "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". Este artículo no solo plantea un asunto relacionado con la

<sup>35</sup> Véase: Corte Constitucional. 1999. Relatoría. Alcance de los derechos constitucionales. Extractos de jurisprudencia constitucional. Boletín No. 1. Bogotá.

validez de las normas constitucionales, también prescribe una clara definición en cuanto a su efectividad.

La Constitución es una norma jurídica del presente y debe ser aplicada y respetada de inmediato. Por esta razón, sostener que los derechos sociales, económicos y culturales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, es no sólo una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución. Si la responsabilidad de la eficacia de los derechos mencionados estuviese sólo en manos del legislador, la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa. Es más razonable pensar que el constituyente quiso otorgarle verdadero carácter normativo a los textos del capítulo segundo título segundo, entregándole al legislador la prerrogativa de discrecionalidad política en la materia pero facultando al juez para ejercer dicha discrecionalidad, limitada a casos concretos, en ausencia de ley. De esa manera se logra el respeto de las prioridades en materia de delimitación política de los textos fundamentales y el respeto de la superioridad jurídica de la Constitución sobre la ley. (Corte Constitucional 1999, 16).

Pero pese a esta afirmación de principios, en la práctica, la Corte Constitucional con el beneplácito que ha dado al fenómeno del legislador omisivo absoluto ha renunciado a esos principios que dice que tienen prevalencia en el sistema jurídico, afectando con ello de manera grave la realización de los DESC e impidiendo a la vez que se abra paso un constitucionalismo de transformación social.