

EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DE LOS DERECHOS SOCIALES EN COLOMBIA: UNA MIRADA CRÍTICA AL ACTIVISMO JUDICIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

SEBASTIÁN ESCOBAR TORRES*

LUIS MARIO HERNÁNDEZ VARGAS**

CRISTHIAN MIGUEL SALCEDO FRANCO***

RESUMEN

El siguiente texto tiene como propósito revisar una de las problemáticas jurídicas más complejas que vive Colombia hoy día, la cual consiste en el activismo judicial efectuado parte de la Corte Constitucional, concretamente en materia de derechos sociales. Se analizará el impacto que tiene entonces el hecho de que al interior de un Estado social de derecho como Colombia sea el juez constitucional quien materialice e incluso garantice derechos por encima del legislador y del ejecutivo, a quienes en principio se les encomienda esta función.

Palabras clave: derechos sociales, Corte Constitucional, activismo judicial, acción de tutela, conexidad, Estado social de derecho.

*Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2013
Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2013*

* Estudiante de VI semestre de Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Miembro del Comité Editorial de la Revista *Universitas Estudiantes*, Miembro Activo del Grupo de Acciones Públicas y Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Miembro del Semillero de Investigación en Derecho Privado de la misma casa de estudios. Ponente elegido para las XI Jornadas de Derecho Constitucional y Derechos Humanos llevadas a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Argentina en septiembre de 2013, trabajo cuyo resultado se presenta en

THE CONSTITUTIONAL COURT AS THE GUARANTOR OF SOCIAL RIGHTS: A CRITICAL LOOK TO JUDICIAL ACTIVISM IN COLOMBIA

ABSTRACT

The following text has as a purpose reviewing one of the most complex legal issues in Colombia nowadays, consisting on the judicial activism made by the Constitutional Court, specifically respect social rights. This document will analyze the impact of a rule of law as Colombia where the constitutional court embodies and even guarantee rights above the legislator and even executive branch, who are assigned to fulfil these functions.

Key words: *social rights, Constitutional Court, judicial activism, action of trusteeship, related actions/nexus, rule of law.*

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende indagar acerca de la garantía de los derechos sociales en Colombia y de las tensiones suscitadas entre los sujetos que han asumido esta tarea en el ordenamiento jurídico nacional. Concretamente, estudiará las fricciones

este artículo de revisión. Actualmente trabaja en Valdivieso Solano Munar Abogados. sescobar@vsmlegal.com

** Estudiante de VIII semestre de Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Miembro Activo del Grupo de Acciones Públicas y Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Miembro del Semillero de Investigación en Derecho Privado de la misma casa de estudios y Miembro del Semillero de Derecho Procesal. Ponente elegido para las XI Jornadas de Derecho Constitucional y Derechos Humanos llevadas a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Argentina en septiembre de 2013, trabajo cuyo resultado se presenta en este artículo de revisión. luismariohv@hotmail.com

*** Estudiante de VII semestre de Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Miembro del Comité Editorial de la Revista *Universitas Estudiantes*, Miembro Activo del Grupo de Acciones Públicas y Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Miembro del Semillero de Investigación en Derecho Privado de la misma casa de estudios y Miembro del Semillero de Derecho Procesal. Ponente elegido para las XI Jornadas de Derecho Constitucional y Derechos Humanos llevadas a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Argentina en septiembre de 2013, trabajo cuyo resultado se presenta en este artículo de revisión. crismi93@hotmail.com

suscitadas entre las ramas Ejecutiva y Legislativa del poder público frente a la rama jurisdiccional, y en concreto, frente a la Corte Constitucional colombiana.

El camino a seguir de esta investigación, iniciará en el esbozo de un marco teórico descriptivo, el cual delimitará los conceptos fundamentales en materia de derechos sociales, para con posterioridad destacar las vicisitudes y detalles del proceso que condujo a la constitucionalización de estas premisas en el derecho colombiano y del pedregoso tránsito histórico de la inclusión de la dignidad humana y del Estado social de derecho como principios rectores del aparato estatal.

Delimitado tal análisis, se procederá al abordaje de sendas problemáticas que inciden en la órbita económica y jurídica de los derechos sociales y, en concreto, se destacarán los conflictos encontrados frente a la presunta efectividad de los mismos en Colombia, reafirmando que si bien la rama Legislativa y Ejecutiva del poder público son los sujetos típicos de esta garantía, en el Estado colombiano ha resultado ser el juez constitucional quien ha asumido este rol protagónico, hecho que no pasa desapercibido y que genera reparos que merecen ser estudiados. En particular, el escrito se referirá al impacto económico de un juez constitucional activo, que ampara derechos y con ello genera cargos al gasto público, frente a un ejecutivo y un legislador cuyas políticas públicas no son lo suficientemente efectivas.

Finalmente, los autores presentarán posibles soluciones teóricas a tales problemáticas, encaminadas a buscar la garantía de los derechos sociales y encontrar mecanismos que permitan que al ciudadano le sean efectivos.

1. DEL CONCEPTO DE LOS DERECHOS SOCIALES

Una labor de este talante no puede iniciar sin antes intentar una clarificación de los conceptos e instituciones que orientarán el estudio de las problemáticas a indagar. Es menester entonces determinar el concepto de derechos sociales, núcleo fundamental de esta investigación. Sin embargo, debemos advertir la complejidad de abordar una definición de esta índole, pues tal categoría de derechos no solo cuenta con un origen sociojurídico, sino que se fundamenta en antecedentes mayoritariamente políticos, económicos e incluso éticos, configurando estos un símbolo de reivindicación de la humanidad¹. Cabe

1 QUINCHE RAMÍREZ, M.F. (2008). *Derecho Constitucional Colombiano*, 2a. ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez. Al respecto, Quinche señaló que la positivización de los derechos económicos, sociales y culturales es reciente, pues apenas data de la segunda mitad del siglo XX. No obstante, las reconstrucciones hechas alrededor de su origen, señalan cuatro etapas: Un *primer momento* que se identifica con el de las tradiciones religiosas, un *segundo momento* que corresponde a la fase

destacar pues, que la antesala de su constitucionalización estuvo marcada por algunos de los conflictos bélicos e ideológicos que ha afrontado la humanidad². No muchos autores se han manifestado con un concepto genérico de derechos sociales, puesto que esta noción dista de ser unívoca. Sin embargo, es pertinente traer a colación la definición del destacado doctrinante alemán Robert Alexy, quien señala que *“los derechos sociales son derechos cuya esencia aboga por acciones positivas del Estado, que de acuerdo a su denominación, son derechos que incluyen la protección, la organización y el derecho a prestaciones en sentido estricto”*³. De igual manera, el profesor argentino Victor Abramovich ha esbozado que los derechos sociales son *“aquellas prerrogativas de talante social que obligan los Estados a brindar prestaciones positivas, erogar recursos y efectuar todo lo que esté a su alcance para asegurar las prestaciones que se le exigen”*⁴.

Desde la experiencia colombiana, el doctrinante Manuel Fernando Quinche ha señalado que los derechos sociales *“son prerrogativas carentes de justiciabilidad y que dependen de las políticas públicas para su efectividad. Sin embargo, afirma que las garantías fundamentales para la protección de derechos civiles y libertades fundamentales se hacen extensivas, a fin de conseguir un escenario de justicia material y de protección integral”*⁵. En

posterior al advenimiento de la modernidad, el *tercer momento* la formación de la Organización Mundial del Trabajo en 1919 que dio estándares de protección sobre un grupo específico, y la *cuarta instancia* corresponde a la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial y la creación de la Organización de las Naciones Unidas, que dentro de su agenda incluyó la protección de estos derechos, pág. 233.

- 2 FUSSELL, P. (2003). *Tiempo de guerra conciencia y engaño en la Segunda Guerra Mundial*, Editorial Turner, Madrid, pág. 24.
- 3 ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, España, págs. 419 a 501. Véase también en: Sieckmann, Jan-Reinard ed., *La teoría principalista de los derechos fundamentales estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, primera ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2011.
- 4 Abramovich, V. & Courtis Ch. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trota, Madrid, España. Abramovich se refiere a una obligación positiva del Estado, es decir, que sobre las obligaciones respecto de los DESC son principalmente de comportamiento, pág. 22. En el mismo sentido Garretón Merino señaló que *“su realización no depende de la sola instauración de un orden jurídico ni de la mera decisión política de los órganos gubernamentales, sino de la conquista de un orden social donde impera la justa distribución de los bienes, lo cual solo puede alcanzarse progresivamente”*.
- 5 QUINCHE RAMÍREZ, M.F. (2008). *Derecho Constitucional Colombiano*, 2a. ed. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá. Quinche es enfático al afirmar que *“ha sido señalado que el cumplimiento efectivo de los derechos de prestación, depende de la implementación de políticas públicas*, pág. 235. Al respecto también ver: Arcidiácono, Pilar, Espejo Yaksic, Nicolás y Rodríguez Garavito, César (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2010. Los autores mencionados

este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permiten avanzar gradual y constantemente hacia su plena realización⁶.

Frente a este tema, también se ha pronunciado Rodolfo Arango, quien señala que los derechos sociales fundamentales son, cabe redundar, “*derechos fundamentales, es decir, derechos subjetivos con un alto grado de importancia, pero lo que distingue a los derechos sociales fundamentales es que son derechos de prestación en su sentido estrecho, es decir, derechos generales, positivos a acciones fácticas del Estado*”⁷. Otro importante doctrinante en la materia es Rodrigo Uprimny, quien afirma que “*los derechos económicos, sociales y culturales son derechos constitucionales exigibles judicialmente en nombre del valor normativo de la Constitución*”⁸. Finalmente la Corte Constitucional Colombiana ha afirmado que los derechos sociales son entonces aquellos derechos subjetivos colectivos que se establecen en favor de grupos o sectores de la sociedad y que se caracterizan por la existencia de un interés común y solidario, destinado a asegurar un vivir libre y digno⁹”.

Por otro lado, con relación a los principios que informan a los derechos sociales, la doctrina señala que, en primera medida, son expectativas que para concretarse requieren de una acción positiva por parte del Estado, de la existencia de un entramado institucional y de un presupuesto destinado a satisfacer las prestaciones que estos derechos conllevan¹⁰. Así mismo, se destaca que estas prerrogativas no siempre están positivadas, es decir, expresamente formuladas

afirman que “*a las posturas que sostienen que las normas que consagran derechos sociales son solo programáticas, que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término y que no resultan justiciables, se les responde con sólidos argumentos que demuestran que lo que hay del otro lado son más bien perjuicios ideológicos, que las diferencias entre las dos categorías de derechos no son tales, y que no hay nada en la naturaleza de los derechos sociales que los haga menos pasibles de protección judicial*”, pág. 27.

6 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual*, 1993.

7 ARANGO, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Editorial Legis, Bogotá, pág. 37.

8 UPRIMNY, R. (2006). ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado?, El Neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia, en *¿Justicia para todos?* Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, Bogotá, Editorial Norma, págs. 515 y 516.

9 Corte Constitucional, sentencia C-226 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

10 Al respecto revisar: Añón Roig, María José, De Lucas, Javier, García Añón, José, Mestre I Mestre, Ruth, Miravet Pablo, Rodríguez Uribe, José Manuel, Ruiz Sanz, Mario, Solanes Corella, Ángeles, *Lecciones de derechos sociales*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2a. ed., Valencia, España, 2004.

en las constituciones, pues su consagración se puede encontrar tanto en instrumentos internacionales¹¹ como en pronunciamientos jurisprudenciales¹²; lo anterior, aunque la práctica muestra una tendencia generalizada hacia su constitucionalización y su inclusión en los textos fundamentales de los Estados¹³, consiguiendo así que estos principios configuren las bases de la organización estatal e irradien de su contenido a todo el ordenamiento jurídico¹⁴.

Una vez explorado el concepto de los derechos sociales en abstracto, a continuación se analizará, con detalle, el caso colombiano, ejemplo de la constitucionalización de los derechos sociales y de las tensiones y conflictos que se desprenden de la búsqueda de su garantía.

2. DEL DISCURSO A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN COLOMBIA: EL TRÁNSITO HISTÓRICO HACIA LA INCLUSIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COMO FUNDAMENTOS DE LA CARTA POLÍTICA

En Colombia la constitucionalización de los derechos sociales estuvo marcada por un recorrido histórico complejo. Su implantación en Colombia recorre un camino que vale la pena destacar, partiendo de la Constitución Política de

11 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito el 16 de diciembre de 1966, aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968. Es el documento internacional más importante sobre la materia y en su contenido está el catálogo de esta clase de derechos, reconocidos por la comunidad internacional. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San JOSÉ, suscrito el 22 de noviembre de 1969, aprobada en Colombia por la Ley 16 de 1972, con depósito de ratificación del 31 de julio de 1973. Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, adoptado el 17 de noviembre de 1988, aprobado en Colombia mediante la Ley 319 de 1996, con depósito de ratificación del 23 de septiembre de 1997, que es el texto integral más importante del Sistema Regional de Protección, sobre estos derechos.

12 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-884 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; sentencia T-160 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto.

13 Luego del holocausto de la Segunda Guerra Mundial (1945), las constituciones europeas como la italiana (1947), la alemana (1949) y la española (1978), incluyeron en sus textos constitucionales a los derechos sociales. De igual forma se recibiría este fenómeno en Latinoamérica con las reformas de la Constitución argentina (1957) (esta reforma solicitó al legislativo la creación de una ley que establezca el seguro social obligatorio, cuya administración y servicio estaría a cargo de las entidades nacionales o provinciales y cuyo efecto sería la supresión del seguro privado (1953) y la Constitución colombiana (1991).

14 ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed. Porrúa, Madrid. En esta obra Alexy precisa la teoría del efecto irradiador de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico.

1886 y desembocando en la Carta de 1991. La primera de las constituciones mencionadas con anterioridad, fue concebida por los autores de la regeneración¹⁵ y está caracterizada por ser una carta rígida y confesional¹⁶, la cual se expidió carente de prerrogativas de talante social y reconoció exclusivamente los derechos de tipo tradicional, individual o liberal¹⁷. Esta ausencia de mandatos sociales derivó en la búsqueda de su posterior inclusión en la Carta, iniciativa que tradujo en sucesivos intentos de reforma¹⁸ los cuales se vieron mermados por la dinámica continuista del sistema y su rigidez constitucional¹⁹, llevando a que la Constitución de 1991 fuese una respuesta tardía a esa anómala situación política e institucional que seguía agravándose²⁰.

El incremento continuo de la violencia, la lucha política de dos partidos políticos excluyentes y el conflicto entre ideales políticos dio paso al surgimiento de movimientos insurgentes o guerrilleros²¹, quienes valiéndose de una aparente lucha política resultaron cometiendo acciones delictivas, situación que, a finales

15 CAMARGO, P.P. (1967). *Crítica a la Constitución Colombiana de 1886*, Editorial Temis, Bogotá. Al respecto, el autor señala que “*bajo el signo de unidad nacional, el 11 de noviembre de 1885 fue instalado en Bogotá el Consejo Nacional de Delegatarios, ante el cual Rafael Núñez propuso en Bogotá su regeneración fundamental*”, pág. 44.

16 *Ibidem*. Al respecto Camargo señala que “*la nueva Constitución se caracteriza por “hacer tabla rasa” a las libertades de conciencia, pensamiento, religión y culto y que fortalece las relaciones entre el Estado y la Iglesia católica considerada como “Potencia Soberana”*”, pág. 192.

17 VELÁSQUEZ TURBAY, C. (2008). *Derecho Constitucional*, 3a. ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá. “*El Estado liberal contiene el reconocimiento de garantías individuales, personales y libertades públicas. Este reconocimiento proviene de una posición filosófica según la cual el hombre, como ser en sí mismo, es motivo de dignificación*”, pág. 160.

18 LEMAITRE RIPOLL, J. (2009). *El derecho como conjuro*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá. Lemaitre, en su texto, señala que las reformas principales a la Constitución de 1886 son las de: 1905, 1910, 1936, 1954, 1957, 1958, 1968 y 1984 y que entre las características esenciales de la Constitución se encuentra que se abolió el federalismo, se creó un Estado unitario, administrador en lo social y económico, sumamente confesional, pág. 24.

19 NARANJO MESA, V. (1994). *Teoría Constitucional e Instituciones políticas*, 5a. ed., Editorial Temis, Bogotá. El renombrado y ya fallecido doctrinante Naranjo Mesa afirma que por rigidez constitucional se entiende que “*Las disposiciones solamente puede ser modificadas mediante procedimientos especiales y con la intervención de un órgano calificado*”, pág. 295.

20 ZULUAGA GIL, R. *De la expectativa al desconcierto, “El proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas”*, Pontificia Universidad Javeriana, Cali, señala Zuluaga Gil que la ausencia de derechos sociales y el conflicto social colombiano de fines de siglo, requería una respuesta contundente, y la Carta de 1991 resultó ser la esperanza, pues como el mismo lo señala, “*la Constitución de 1991 mostró la posibilidad de lograr consenso entre fuerzas políticas disímiles sobre las reglas de juego institucionales para la conquista del poder y su ejercicio y erigir una garantía verdaderamente eficaz a favor de consagrar un amplio catálogo de derechos sociales para afrontar las situaciones políticas e institucionales*”, pág. 87.

21 Entre ellos el movimiento guerrillero de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) y el ELN (Ejército de Liberación Nacional).

de los años ochenta, se agudizaría con el auge del narcotráfico derivando en una crisis económica, política y social que afectaba la legitimidad del Estado y la protección de las prerrogativas de sus ciudadanos²². Reaccionando a un estado de cosas tan espinoso, algunos grupos sociales²³, a través de un movimiento popular denominado “La séptima papeleta”²⁴, buscaron la promulgación de una nueva Constitución que transformara el panorama político del país y lograra el fortalecimiento de la democracia, la protección del ciudadano, la integración de instrumentos de participación y finalmente la consagración de los derechos sociales dentro del texto fundamental, haciéndolos trascender del simple discurso hacia una prioridad de rango constitucional.

Respondiendo a la situación ya descrita, se expidió en el año 1991 la actual Constitución Política de Colombia, una carta que volvió a adoptar como centro al ciudadano, al pueblo, y al desprotegido²⁵, siendo un auténtico texto garantista²⁶. La nueva Constitución recogió entonces postulados tan relevantes como la dignidad humana, el trabajo, la igualdad, la justicia, la vida, la libertad, la paz, la participación, la democracia, el pluralismo y la solidaridad, asentándolos

22 VELÁSQUEZ TURBAY, C. (2008). *Derecho Constitucional*, 3a. ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 160.

23 Este conglomerado social, se conformó principalmente por estudiantes universitarios, quienes por su cercanía a los debates más sensibles de la nación y a su activa preocupación por la transformación del Estado resultaron ser los sujetos idóneos para encabezar tal iniciativa.

24 QUINCHE RAMÍREZ, M.F. (2008). *Derecho Constitucional Colombiano*, 2a. ed., Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá. “De la experiencia de la marcha del silencio, surgió la necesidad de organizar un movimiento, preferentemente de carácter universitario, liderado desde Bogotá. Quienes participaron en su articulación lo denominaron “Movimiento todavía podemos salvar a Colombia” y fijaron como objetivo principal el hacer una séptima papeleta en las elecciones a realizarse el día 11 de marzo de 1990 en la que la ciudadanía pudiese elegir si realizar o no una Asamblea Nacional Constituyente, la cual, a saber, se llevó a cabo el año siguiente... pág. 45.

25 VELÁSQUEZ TURBAY, C. (2008). *Derecho Constitucional*, 3a. ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá. El autor ya citado concluye que la Carta de 1991 al proclamar expresamente los derechos sociales, impuso la obligación de atender a los sujetos que requieren especial protección del Estado, pues a decir de Norberto Bobbio, la maduración de nuevas exigencias y nuevos valores como los de bienestar e igualdad, deben traducirse no solo en el ámbito formal sino en el mejoramiento de las condiciones materiales de vida, pág. 400.

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

como sus bases y pilares fundamentales²⁷ edificando un texto progresista²⁸ que buscaría transfigurar a plenitud la filosofía y las instituciones estatales colombianas. Cabe destacar que, gracias a la inclusión autónoma de la dignidad humana como principio rector del Estado, los derechos sociales adoptarían un carácter normativo y prioritario²⁹, encaminando al aparato estatal a que no solo asegurara la efectividad de las libertades clásicas del individuo, sino que garantizara prerrogativas que trascendieran la esfera enteramente individual y que por su contenido, debían ser igualmente protegidas y amparadas³⁰.

La materialización de esas acciones positivas deseadas y propuestas por la Constitución tendría sustento en la transformación del modelo jurídico a un Estado social de derecho, el cual, según Julián López, Alfredo Bateman, Juanita López y Juliana Vengoechea, es uno de los caminos elegidos por la sociedad colombiana para la garantía de los derechos sociales³¹. Frente al particular, es prudente señalar que, si bien ya habían tenido lugar en la historia constitucional colombiana manifestaciones jurídicas próximas al Estado social de derecho³², fue en el año 1991 en donde tal premisa se consolidó.

27 Constitución Política de Colombia. Preámbulo: “En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente...”.

28 GARCÍA VILLEGAS, M. (1993). La incidencia social de la Constitución. *Revista de Derecho Público*, Bogotá. García señala que el texto tiene un carácter progresista, entendido como un texto que no busca preservar las condiciones de poder existentes, sino que se refiere a un pacto social encaminado a la transformación de las condiciones sociopolíticas existentes, pág. 13.

29 HERNÁNDEZ GALINDO, J.G. La Constitución de 1991 y los derechos fundamentales en *La Constitución 20 años después, visiones desde la teoría y la práctica constitucional*. Yepes Arcila, Hernando y Suelt Cock, Vanessa (coordinadores académicos). Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, pág. 571.

30 Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita. El ponente al respecto dijo que “*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.*”

31 BATEMAN, A.; LÓPEZ, J.; LÓPEZ, J. Y VENGOECHEA, J. (2009). *La garantía de los derechos sociales.*, Editorial Ibáñez, Bogotá, pág. 89.

32 Estos intentos jurídicos se pueden encuadrar en una de las reformas constitucionales más relevantes que ha tenido el Estado colombiano, la cual tuvo lugar en 1936 y se destacó por reivindicar derechos de talante social. La reforma incluyó los siguientes derechos: Acto Legislativo 1 de 1936. Artículo 10: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo

El concepto de Estado social de derecho trae de suyo la obligación directa del aparato estatal para la asunción de obligaciones positivas de transformación que busquen asegurar la supremacía y normatividad de la Constitución, beneficiando con ello a todos los asociados³³. En consecuencia de lo anterior, el Estado abandonó totalmente la creencia de que, en materia de garantía de derechos sociales, sus obligaciones son solo negativas³⁴ y su “mayor” esfuerzo debe concretarse en el mantenimiento del *status quo*. Su actuar ahora estaría encaminado a la comisión de actos “positivos”, que refuercen y hagan realidad los mandatos sociales de la Constitución, teniendo como guía la búsqueda de la satisfacción de las necesidades básicas de sus asociados, con la intención última de asegurarles una vida en condiciones respetuosas de la dignidad humana³⁵.

Luego de la consagración constitucional de los derechos sociales que mencionamos en los párrafos precedentes, nace una cuestión, y es la de asegurar que tales ideales no se queden únicamente escritos, sino que puedan materializarse efectivamente. En el siguiente acápite desarrollaremos a profundidad la *presunta* obligación de efectividad de los derechos sociales e indagaremos en las tensiones encontradas entre las ramas del poder público colombiano y su competencia para hacer efectivas estas premisas, no sin antes

título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaron en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social”. “La propiedad es una función social que implica obligaciones” (...). Artículo 11: “El Estado puede, intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador, la justa protección a que tiene derecho. “Artículo 17: “El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado”.

- 33 ALEXY, R. (2010). *Derechos sociales y ponderación*, Editorial Fontamara, Ciudad de México. Frente a este tema, Alexy ha afirmado que los derechos constitucionales han alcanzado una influencia que va más allá de la relación del ciudadano con el Estado y que la acción positiva de este último configura el proyecto en materia de derechos humanos que empieza a asentarse en el mundo, pág. 47.
- 34 BATEMAN, A.; LÓPEZ, J.; LÓPEZ, J. & VENGOECHEA, J. (2009). *La garantía de los derechos sociales*. Editorial Ibáñez, Bogotá, pág. 44. Frente al tema, los profesores mencionados han apuntado a que en el pasado se consideró que los derechos fundamentales implicaban una obligación negativa de los Estados, sustentado en gran parte en el contexto histórico bajo el cual se reivindicaron estos derechos, donde lo que se requería de los Estados era un dejar de hacer, un “no interferir” en la esfera de la vida privada de los ciudadanos para la realización misma de los derechos. En contraposición a esto, los derechos sociales implicarían una obligación positiva del Estado, un efectivo actuar para establecer las condiciones que permitan a los ciudadanos ejercer los derechos.
- 35 ARANGO, R. (2002). *Estado social de derecho y derechos humanos*, Separata Especial, Revista 39. Bogotá.

concluir que en materia de asegurar derechos sociales. Esto, siempre bajo la óptica de que el fin último de un Estado democrático consiste en la búsqueda de la plena garantía de la dignidad humana y en donde todos los esfuerzos deben enfocarse en darle prevalencia y validez, no pudiendo el aparato estatal alegar dificultades económicas para justificar condiciones que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en materia de respeto a la dignidad inherente del ser humano³⁶.

3. EL SUJETO ATÍPICO TÍPICO DE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES: EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO GARANTE Y EJECUTOR EXCEPCIONAL

El presente capítulo tendrá como propósito esencial indagar acerca de la competencia de las instituciones estatales en materia de garantía de derechos sociales, analizando quién debe ser en teoría el garante típico de estas premisas e introduciendo a un nuevo jugador en el espectro de la búsqueda de su efectividad, ahondando en las tensiones que genera el hecho de que este personaje atípico sea un juez de talante constitucional, a quien en principio no se le otorgan tales menesteres de ejecución e intervención directa.

3.1 ¿Quién es el garante y el ejecutor típico de los derechos sociales en Colombia?

De acuerdo con la teoría política, se dice que el contenido normativo de un Estado se extrae a través de la voluntad colectiva, en donde por medio de un sistema representativo político se edifican los principios rectores de tal conglomerado social, acorde al entendimiento del pensamiento democrático³⁷. Con base a lo anterior, tanto el Congreso de la República –entendido como máximo órgano de representación popular– como la rama Ejecutiva del poder público³⁸, –concebida como el responsable de tomar las decisiones específicas

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 27 de abril de 2012, Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras.

37 VELÁSQUEZ TURBAY, C. (2008). *Derecho Constitucional*. 3a. ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pág. 127.

38 Constitución Política de Colombia. Artículo 189: “*Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*
1. *Nombrar y separar libremente a los Ministros del Despacho y a los Directores de Departamentos Administrativos.*
2. *Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.*”

que comprometen el destino nacional³⁹— se encargan de conservar el orden en el funcionamiento del sistema, para garantizar estabilidad y, por ese motivo, deberían ser los responsables de tomar las decisiones y estructurar planes de acción para garantizar, entre otras cosas, los derechos sociales de sus representados⁴⁰.

Entonces, con la finalidad de materializar los fines del Estado⁴¹, corresponde a estas entidades arriba mencionadas, de forma general y especial, respectivamente, el desarrollo de políticas públicas que hagan efectivos los mandatos sociales de la Constitución. Además, frente al ejecutivo, cabe destacar que concentra el mayor vínculo de acciones para lograr la realización de los fines del Estado, pues a su cargo está el ejercicio de la función administrativa, que tiene por objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas por actos concretos, dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines del Estado, siendo actividades de orden discrecional del gobierno⁴². Es clara la conexión entre estas dos ramas del poder público, las cuales son consideradas como los sujetos idóneos para elegir los mecanismos a utilizar a fin de materializar los fines prescritos por los derechos sociales y para determinar la oportunidad más indicada en desplegarlos⁴³. Es pues, en el seno del Parlamento en donde debe llevarse a cabo una deliberación sobre los factores de los derechos sociales y en sede ejecutiva donde deben materializarse, reconociendo su fuerza vinculante⁴⁴.

3. *Dirigir la fuerza pública y disponer de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República.*

4. *Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado.*

5. *Dirigir las operaciones de guerra cuando lo estime conveniente (...)*”.

39 RIVERO, J. (1984). *Derecho Administrativo*, 1a. ed., Caracas: Universidad Central de Venezuela, pág. 83.

40 GONZÁLES MONGUÍ, P.E. (2009). *Derechos económicos sociales y culturales*, 1a. ed., Bogotá: Universidad Libre de Colombia, pág. 341.

41 BERNAL PULIDO, C. (2008). *El derecho de los derechos*, 1a. ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pág. 305.

42 *Ibidem*, págs. 257 a 259.

43 *Ibidem*. Bernal, sobre el tópico específico acá estudiado aduce que: “*la adopción de medios o de estrategias en el ámbito social y económico es un asunto absolutamente político y no de interpretación constitucional. La fijación de medios o estrategias de acción para el logro de los objetivos sociales presupone efectuar una composición de intereses de los grupos que resultan realmente afectados, apropiar recursos financieros para el efecto que en condiciones normales como las colombianas de escasez de fondos públicos implica decidir acerca de la prioridad de las inversiones presupuestarias y crear infraestructuras técnicas y democráticas*”, pág. 305.

44 *Ibidem*. Bernal Pulido ha sido claro y enfático en señalar el derecho que tienen los ciudadanos de obtener del legislador al menos un grado mínimo de actividad legislativa, y el derecho a que la legislación establezca las condiciones idóneas para satisfacer las necesidades existenciales, es decir, el derecho a recibir un mínimo existencial, pág. 318.

A manera de conclusión y brindando un ejemplo del espíritu del constituyente colombiano, quien efectivamente quiso que fuesen Legislador y Ejecutivo los garantes de los derechos sociales, se encuentra el derecho al trabajo, postulado constitucional en donde el órgano primario impuso al legislador la obligación de construir un estatuto del trabajo, el cual a su vez delegaría las funciones específicas de cumplimiento a las entidades administrativas⁴⁵.

3.2 La dificultad material del legislador y el ejecutivo en la garantía de los derechos sociales: se abre la puerta a la intervención judicial

Comprendiendo ya los sujetos que orgánica y políticamente *deben* garantizar los derechos sociales, desvelaremos el conflicto que de ello se suscita. En ese sentido, en primera medida, cabe destacar que el legislador y el ejecutivo, a la hora de asumir la responsabilidad de garantía de los derechos sociales, tienen una serie de obligaciones a la luz del PIDESC⁴⁶, y que son expuestas por Courtis y Abramovich de la siguiente manera:

45 Un caso ilustrativo sobre el tema vendría a ser el referente a la consagración del derecho del trabajo en Colombia. El constituyente, no quedando contento con su mera consagración, trascendió a imponer una obligación al Congreso de la República, que en términos del art. 53 resultaría en: “*El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...)*”. No solo configuró el trabajo como un derecho, sino que obligó al Congreso a legislar sobre la materia, imponiendo principios mínimos tales como: “*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (...)*”. Es tal la necesidad comprendida por el constituyente en materia de garantizar derechos como el trabajo, que encontró pertinente consagrarla en una norma constitucional. Sin embargo, 22 años después, el Congreso mantiene la deuda de entregar a los colombianos esta norma y ha sido entonces la Corte Constitucional quien ha asegurado la efectividad de los principios encontrados en la carta fundamental, en sede de tutela y por este motivo se hace un llamado a la necesidad de actuación del legislador y posteriormente del ejecutivo en favor de garantizar los derechos sociales.

46 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. “*Artículo 2: 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*”.

1. Obligación de tomar medidas inmediatas⁴⁷.
2. Obligación de garantizar los niveles esenciales de los derechos⁴⁸.
3. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad⁴⁹.

En el caso colombiano, es prudente señalar que tales obligaciones no han sido cumplidas en la práctica por el legislador y el ejecutivo debido, entre otras cosas, a la corrupción de muchos de sus actores, pues en el caso colombiano, existe discrecionalidad de las autoridades y capacidad para ser arbitrarios, repartir rentas, hacer favores, dar permisos, y eso tiene su origen en razones particulares que acompañan la organización estatal colombiana⁵⁰. Respecto a la primera obligación, la administración entendida como un servicio público⁵¹ ha tenido serias falencias con respecto a la calidad de su prestación, ya que la toma de medidas inmediatas referidas a los derechos sociales en Colombia ha sido deficiente. Tanto ha sido así, que el ciudadano es quien ha debido acudir a la justicia mediante el derecho de acción para obtener o proteger su derecho

47 ABRAMOVICH, V. & COURTIS Ch. (2002). *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, 2a. ed., Bogotá: Editorial Trotta, pág.79. Abramovich y Curtis establecen que la primera obligación a cargo del Estado para la efectividad de los derechos sociales debe ser el deber de tomar medidas inmediatas, las cuales consisten en implementar en un plazo razonablemente breve actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción de la totalidad de las obligaciones adquiridas por la administración para el cumplimiento de los derechos sociales. En todo caso le corresponderá a este justificar por qué no ha marchado, por qué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no ha marchado más rápido.

48 *Ibidem*. Existe una obligación mínima de los Estados de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Se trata de un punto de partida en relación a los pasos que deben darse hacia su plena efectividad. El autor cita un ejemplo referente a la salud, por la cual, los Estados tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el pacto, incluida la atención primaria de la salud.

49 *Ibidem*. La tercera y última obligación a cargo del Estado se refiere al principio de progresividad por oposición a la regresividad, el cual abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de la satisfacción plena de los derechos establecidos en el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, y por el otro, la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos prestacionales.

50 MONTENEGRO, A. (1999). Impacto económico de la corrupción en *Talleres de divulgación e implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, pág. 78.

51 RIVERO, J. (1984). *Derecho Administrativo*, 1a. ed., Caracas: Universidad Central de Venezuela. Rivero señala que la diferencia esencial entre la actividad de los particulares y la actividad pública reside en el hecho de que esta está enteramente consagrada a la gestión de empresas propias para satisfacer el interés general, es decir, los servicios públicos. El derecho administrativo encuentra su unidad en la noción del servicio público, pág. 33.

social⁵², lo que lleva a concluir que en esta instancia la administración cumple un papel pasivo y si se quiere, inactivo. Cabe destacar frente a ello el derecho al trabajo⁵³, un ejemplo particularmente claro.

A su turno, en lo tocante a la obligación de asegurar los niveles esenciales de los derechos sociales, Colombia no cuenta con una estructura sólida que garantice la efectividad de esta clase de derechos prestacionales, puesto que la imposibilidad de lograr unas condiciones sanitarias básicas y asegurar la distribución equitativa de las instalaciones, bienes y servicios en todo el territorio nacional es latente⁵⁴ y que a su turno se ilustran como ejemplos de esta inacción.

Finalmente, sobre el cumplimiento de la obligación de progresividad por parte del Estado colombiano y en contraposición de la no regresividad, existe un manifiesto incumplimiento, ya que por medio de un sinnúmero de políticas públicas triviales de corto plazo⁵⁵, la efectividad de los derechos sociales se encuentra mermada y al mismo tiempo supeditada a una administración compuesta por funcionarios carentes de técnicas adecuadas de gestión. Así pues, la ineficacia de la administración, acompañada de la inflación normativa que caracteriza a un Congreso desordenado y que debido a la posición central que tradicionalmente se ha dado en Colombia al Presidente de la República ha recibido influencia permanente de la rama Ejecutiva, se disminuye –y en muchos casos se distorsiona– el sistema de pesos y contrapesos entre las ramas políticas del poder⁵⁶, conduciendo a la aparición de un nuevo jugador en la garantía de los derechos sociales, un sujeto eminentemente atípico y cuyas funciones, alejadas de esta orgánicamente, se han ajustado para cumplir en la realidad los mandatos sociales de la Constitución. Este es, el juez constitucional colombiano y en específico, la Corte Constitucional colombiana, tema que será abordado en el capítulo siguiente.

52 Este derecho de acción al cual hacemos referencia, se traduce en la acción de tutela, en la cual el ciudadano para poder gozar de los derechos sociales debe tener un papel activo y no pasivo, como debería ocurrir en un Estado social de derecho, donde los particulares son simplemente destinatarios de estos derechos prestacionales sin la indeseable necesidad de acudir a un juez para que este coercitivamente los conceda.

53 Si bien existe un mandato constitucional desde el año 1991 para el legislador exhortando al diseño de una política pública sobre el tema y acorde a la carta, hoy 2013 no ha sido efectuada.

54 ABRAMOVICH, V. & COURTIS, CH. (2002). Los derechos sociales como derechos exigibles, 2a. ed., Bogotá: Editorial Trotta, pág. 89.

55 Si bien el legislador y el ejecutor son activos en materia de producción normativa y tienden a abarcar la totalidad de necesidades en la teoría, sus políticas de cobertura se centran en el corto plazo y se miden con la intención de reelección y de consecución de votantes. Al respecto ver: Arango, Rodolfo, *Estado social de derecho y derechos humanos*, Separata Especial, Revista 39. Bogotá, 2002, pág. 61.

56 CEPEDA ESPINOSA, M.J. (2007). *Polémicas constitucionales*, 1a. ed., Bogotá: Edit. Legis, pág. 241.

3.3 La Corte Constitucional asume el rol de protección de los derechos sociales: consecuencias jurídicas y económicas de su intervención

Las dificultades señaladas en el aparte previo, abren el espectro al juez constitucional, pues la inacción y la falta de calidad de políticas públicas en materia de derechos sociales, se traduce en que el juez constitucional tenga que interferir en la esfera pública para conminar a la administración con el propósito de conseguir el cumplimiento de este deber estatal⁵⁷.

Entre las novedades recogidas por la Constitución colombiana de 1991, se encuentra la ampliación de la rama Jurisdiccional⁵⁸. En efecto, ya no era suficiente únicamente una jurisdicción ordinaria y una corte de casación en cuya estructura se incorporase una sala de asuntos constitucionales⁵⁹, sino que el constituyente incluyó la jurisdicción constitucional de manera autónoma, encabezada por la Corte Constitucional⁶⁰. Entre las funciones principales otorgadas a esta corporación se destacan las del control abstracto⁶¹ y control concreto⁶² de constitucionalidad, que la convertirían

57 Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita. Esta es una de las primeras intervenciones de la Corte Constitucional que representa la insuficiencia de consolidar niveles esenciales de los derechos sociales por parte de la administración y con esta providencia ordena a la administración distrital de Cartagena construir un acueducto a un barrio marginal de la ciudad de Cartagena llamado La Soledad, mandato que efectivamente fue cumplido.

58 *Ibidem*. Al respecto, Cepeda Espinosa ha señalado que antes en Colombia no se podía hablar de una sola jurisdicción constitucional ya que entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado existía una distribución de competencias que llevaba a que no hubiera un mecanismo de unificación de la jurisprudencia en el ámbito constitucional, y ahora ese mecanismo existe. Destaca que es pertinente haber impulsado la creación de una jurisdicción constitucional, pues la misma hoy día muestra su eficacia y eficiencia, fallando bajo los términos constitucionales y legales señalados, pág. 95.

59 Es prudente destacar que esta sala ni siquiera tenía poder decisorio autónomo como tribunal, pues las decisiones de control abstracto de constitucionalidad finalmente eran asumidas por el pleno de la corporación, siendo una entidad adscrita de tinte consultivo en este tópico.

60 Señala con claridad el art. 241 de la Constitución Política de Colombia, que “a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo”.

61 QUINCHE RAMÍREZ, M.F. (2008). *Derecho Constitucional Colombiano*, 2a. ed., Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá. Al respecto Quinche ha dicho que el control abstracto de constitucionalidad es así denominado en tanto que se trata de control normativo, en el que los hechos cumplen una función secundaria. En virtud de este control, la norma demandada o examinada, es confrontada con los enunciados contenidos en la Constitución Política, pág. 520.

62 VELÁSQUEZ TURBAY, C. (2004). *Derecho Constitucional*, 3a. ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 3.3.1 La tutela como herramienta esencial de protección del juez constitucional El catálogo de derechos fundamentales de talante garantista y protector de la constitución de 1991

en el único tribunal competente para conocer de las demandas contra las normas con fuerza de ley que fuesen contrarias a la Constitución⁶³ y le permitiría además constituirse en sede de revisión de tutela⁶⁴, función que resulta de suma relevancia para el presente escrito.

Sin embargo, como se advirtió al principio de esta sección, es prudente señalar que la Corte Constitucional colombiana procedería a asumir un papel protagónico en materia de protección de derechos fundamentales⁶⁵, detectando el déficit de efectividad de los órganos típicamente encargados de la garantía de los derechos sociales por vía de políticas públicas ya estudiados arriba y reconociendo las falencias ya esbozadas de las que adolecía el diseño y la ejecución de las mismas. Por este motivo, asumió un rol determinante que finalmente buscaría la materialización de los mandatos sociales de la Constitución en favor del ciudadano, para lo que se valdría de la acción de tutela que aquí analizamos⁶⁶.

fue un avance superlativo en materia de protección al ciudadano. Sin embargo, esa producción jurídica no resultaría completa si el constituyente no hubiese diseñado, con el fin de evitar que se quedasen como normas sin aplicación, mecanismos como la acción de tutela, un instrumento de protección inmediata de derechos fundamentales frente a violaciones concretas por ciertos sujetos. En esta sección de nuestro estudio nos enfocaremos entonces en este mecanismo concreto, el cual permite al ciudadano común acceder al aparato judicial por vía de acción y exigir, mediante un proceso sumario, un mandato judicial que ordene el directo amparo de sus derechos fundamentales vulnerados y con ello logre materializar los supuestos del Estado social de derecho y de la dignidad humana. Este procedimiento es esencialmente inmediato, está caracterizado por ser un proceso judicial expedito, efectivo y cualquier persona ante cualquier juez, puede incoarlo. El control concreto de constitucionalidad en palabras de Velásquez Turbay es aquel que comprende la revisión de los actos de las autoridades públicas y de los particulares cuando de aquellos se desprenda una violación, a juicio del demandante, de un derecho fundamental, prestacional o colectivo o de grupo reconocido en la Carta, pág. 56.

- 63 Constitución Política de Colombia. Artículo 241 Numeral 4: “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.
- 64 *Ibidem*. Artículo 241 Numeral 9: “Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”.
- 65 Señala Cepeda Espinosa en su obra el protagonismo que ha adquirido la Corte Constitucional colombiana. Con cifras esquematizadas, demuestra que de 12 sentencias de constitucionalidad proferidas en el año 1993, pasó a 112 en el año 2000, y para hoy se ubica en más de 150. De igual forma, en la muestra de los 10 años desde 1992 hasta el 2002, habría fallado 6.455 acciones de tutela en sala de revisión, llegando a dictar 1.340 sentencias de esa índole en el año 2000. Cepeda Espinosa, Manuel José, *Polémicas Constitucionales*, 1a. ed. Editorial Legis, Bogotá, 2007, págs. 79-82.
- 66 Sería la acción de tutela el mecanismo específico que usaría la Corte Constitucional colombiana para garantizar derechos sociales, pues la virtualidad de este mecanismo y sus profundas características permiten que en casos concretos se sienten precedentes con mensajes de garantía y de inclusión, estudiando vulneraciones particulares de derechos y emitiendo fallos en su amparo.

Hay que destacar que originalmente la tutela solo protegía derechos fundamentales y que solo se abriría espacio al amparo de los derechos sociales cuando ellos fuesen esenciales para el cumplimiento de los que sí abarcan dicha connotación. Lo anterior ha sido ratificado tajantemente por la Corte Constitucional de la siguiente manera: *“La fundamentalidad de un derecho constitucional no depende solamente de la naturaleza del derecho, sino también de las circunstancias del caso. La vida, la integridad física, la libertad, son derechos fundamentales dado su carácter inalienable. En cambio, la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales⁶⁷”*.

A su turno, la Corte Constitucional ha referido tal importancia a los derechos sociales, que para lograr su protección mediante la acción de tutela ha desarrollado la teoría de la conexidad, cuyo origen es puramente jurisprudencial y gracias a su trascendencia, los derechos sociales hoy pueden llegar a ser protegidos vía acción de tutela⁶⁸, siendo este postulado ratificado por la Corte Constitucional cuando afirma que en virtud de la íntima e inescindible relación que existe entre los derechos sociales con los derechos fundamentales, la acción de tutela se configura como aquel mecanismo judicial idóneo para garantizar su protección⁶⁹. Nacida de la Jurisprudencia Constitucional Colombiana⁷⁰, la

67 Corte Constitucional. Sentencia T-491 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes.

68 La acción de tutela pues, no solo ha sido vital para la protección de los derechos fundamentales sino también para los sociales, pues los abusos eran continuos y el ordenamiento jurídico no consagraba mecanismos rápidos y eficientes de protección inmediata de derechos. A manera de ejemplo, antes de la Constitución de 1991, las entidades de salud tenían a su merced los clientes suscritos a ellas, demorándose varios meses en otorgar una simple cita de control y negando arbitrariamente medicamentos y tratamientos a personas enfermas con bajos recursos económicos. De igual manera, en el espectro laboral, los trabajadores que eran despedidos arbitrariamente debían iniciar un proceso laboral que tardaba años en terminar, las garantías a discapacitados y mujeres embarazadas eran casi nulas y los jubilados tardaban años en obtener su pensión.

69 Ibídem. En referencia a la precitada sentencia, la Corte trajo a colación dos ejemplos por los cuales se demuestra la inescindible relación de los derechos fundamentales con los sociales para materializar plenamente los primeros.

“Es el caso de la salud, que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida. El derecho a la seguridad social está vinculado directamente con el derecho fundamental al trabajo, siendo emanación suya la pensión de vejez”.

70 Véase al respecto las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana: sentencia T-663 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional, sentencia T-286 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Corte Constitucional, sentencia T-820 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Corte Constitucional, sentencia T-219 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet. En donde por circunstancias de violación a derechos que en principio no son fundamentales, pero

tesis de la conexidad buscó entonces permitir que el amparo de la acción de tutela, en virtud de principios fundamentales como la igualdad y la dignidad humana, pudiese recaer sobre derechos que tradicionalmente no fueron identificados como fundamentales⁷¹, expandiendo su espectro de acción. En palabras de la Corte Constitucional, los derechos sociales que se “convierten” en fundamentales son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos⁷².

Teniendo claro el propósito que tuvo la Corte Constitucional colombiana al diseñar la tesis de la conexidad, es pertinente identificar el punto de quiebre de la diferencia entre los derechos sociales y fundamentales, pues esta corporación les otorga la calidad de fundamentales⁷³ a los primeros cuando ellos se relacionen de manera directa con la vida, la dignidad humana y otros derechos de índole “superior⁷⁴”.

Con base a lo anterior, uno de los ejemplos más desarrollados en Colombia hace alusión al derecho a la salud, pues en su primigenia concepción constitucional fue excluido de los derechos típicamente fundamentales y le otorgó un carácter

dado a que son indispensables para la garantía de aquellos que sí lo son, se amparan por la tesis de conexidad.

71 ARANGO RIVADENEIRA, R. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. 2a. ed., Bogotá, Editorial Legis. Conforme a la tesis que expone el autor en su obra, los derechos sociales son fundamentales. Sin embargo, lo que los distingue de otros derechos fundamentales es que estos son derechos prestacionales que conllevan a una acción positiva del Estado, sin los cuales sería utópica la posibilidad de materializar los derechos fundamentales consagrados en la parte dogmática de la Constitución, pág. 37.

72 Corte Constitucional, sentencia T-491 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

73 Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Señaló con claridad esta corporación que “*la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender– de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra –muy distinta– la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin*”.

74 *Ibídem*: “*En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad*”

programático y prestacional⁷⁵. La garantía por vía de tutela a este derecho fue obra de la Corte Constitucional⁷⁶, quien en sede de revisión reconoció en algún tiempo que el derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental por conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana. Sin embargo, tal ha sido la participación de la Corte Constitucional en la protección a este derecho que hoy en día ha sido clara y enfática en señalarlo como un derecho fundamental autónomo⁷⁷.

Lo que resta de esta labor, luego de ser analizado el mecanismo usado por el juez constitucional para garantizar derechos sociales, es revisar el impacto que tiene en las órbitas jurídica y económica el hecho de que este sea quien garantice derechos sociales.

3.3.1 Consecuencias procesales del rol de amparo de derechos sociales del juez constitucional: La congestión judicial en Colombia

Una de las problemáticas más sensibles que ha suscitado la introducción de la acción de tutela al ordenamiento jurídico colombiano y su amparo tanto a derechos fundamentales como a derechos sociales, consiste en la ralentización

75 Constitución Política de Colombia de 1991, artículo. 49: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (...)”.

76 Corte Constitucional, sentencia T -760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

77 Corte Constitucional, sentencia T-095 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt. La Corte Constitucional analizó en la precitada sentencia la evolución jurisprudencial que ha tenido el derecho a la salud y le ha reconocido validez a la tesis de la conexidad, aunque señala que su aplicación debe ser mínima hoy día, pues ahora este derecho cuenta con una connotación autónoma de derecho fundamental, pero que hoy en día no opera en el derecho a salud porque como se verá en la cita posterior, este derecho ahora dispone de una connotación fundamental y autónoma. Señaló entonces que *“sobre la naturaleza del derecho a la salud, inicialmente, la Corte Constitucional consideró que el mismo era un derecho prestacional. La fundamentalidad dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental –tesis de la conexidad–, y por tanto sólo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.”* La tesis sostenida ahora por la corte alude a que *“el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura.”* Esta decisión se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de la ‘dignidad humana’, *“(...) elemento fundante del Estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición”*.

del aparato jurisdiccional del Estado, causado por el aumento intempestivo del uso de esta figura, el cual evidentemente se ha masificado.

El conflicto que suscita su sobreutilización, gira alrededor del concepto de prelación⁷⁸ propio de la tutela, debido a que los sujetos cuyos derechos resultan vulnerados muchas veces cuentan con mecanismos típicos e idóneos para atender tales situaciones, pero optan por acudir a la efectividad de la tutela, abandonando de esta manera la jurisdicción ordinaria y poniendo a consideración sus casos a jueces de tutela, los cuales no son en principio competentes, ya que la naturaleza del amparo es excepcional y subsidiaria⁷⁹.

Infortunadamente, en un país en vía de desarrollo como lo es Colombia, las necesidades sociales no dan espera, y un sector mayoritario de la población requiere que derechos sociales como la salud y la seguridad social se hagan efectivos de forma inmediata, por lo que recurren entonces a la acción de tutela, conllevando así a escenarios de aguda congestión judicial. Como muestra de ello, cabe destacar que desde que la tutela empezó a operar en 1992 hasta el año 2006 se han interpuesto alrededor de un millón y medio de tutelas⁸⁰, es decir,

78 Decreto 2591 de 1991. Artículo 15: *“Trámite preferencial. La tramitación de la tutela estará a cargo del juez, del presidente de la Sala o del magistrado a quien éste designe, en turno riguroso, y será sustanciada con prelación para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el de habeas corpus”*. Con base en esta disposición jurídica, la prelación hace referencia a que el juez que se vea llamado a resolver una acción de tutela deba darle prelación a su resolución independientemente de los demás procesos que esté llevando a cabo en su despacho. Esto trae como consecuencia el estancamiento de los demás procesos judiciales propios de cada especialidad de un juzgado determinado, afectando de esta manera el principio de celeridad. La razón de este concepto de prelación alude a que la acción de tutela debe resolverse por mandato legal en un término no mayor de diez días hábiles.

79 ESGUERRA PORTOCARRERO, J.C. (2004). *La protección Constitucional del ciudadano*. 1ª ed. Bogotá, Editorial Legis. pág. 127. Como lo indica Esguerra en su obra, la excepcionalidad y la subsidiariedad de la tutela consisten en que esta solo el precedente cuando el ciudadano no disponga de otro medio procesal para la reivindicación de su derecho vulnerado. Lo que significa que no cuente con otros medios idóneos para solicitar a la jurisdicción la protección de su derecho, ya que de lo contrario esta será inadmitida. Gracias al carácter excepcional y subsidiario de la tutela, se impide la sustitución del procedimiento ordinario por este mecanismo expedito, pues ella solo opera en aquellos casos donde la violación a un derecho fundamental es inminente o, una vez vulnerado, su gravedad representa un perjuicio irremediable

Véase también: Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-290 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo: *“La acción prevista en el artículo 86 de la Carta no tiene el propósito de reemplazar el ordenamiento jurídico preexistente, ni el de sustituir los trámites procesales necesarios, según disposiciones legales que a su vez constituyen desarrollo del artículo 29 de la Carta, para alcanzar determinados fines de acuerdo con la naturaleza y contenido de los derechos en juego. La ley ha estatuido las reglas propias de cada juicio”*.

80 BOTERO MARINO, C. (2011). Acción de tutela en *Manual de Constitución y Democracia del Estado y la Protección de los Derechos.*, 1a. ed., Bogotá: Ediciones Uniandes, pág. 199.

un millón y medio de personas que ante el abuso de particulares y/o entidades estatales se han visto en la obligación de interponer esta acción, hecho que debería ser amparado en principio por el estado y los órganos típicos de garantía.

Otro motivo que resulta atractivo para quienes llegan a la tutela soslayando su requisito de excepcionalidad⁸¹ se debe al requisito temporal en el que debe ser fallada una acción de tutela, pues el juez competente, que resulta ser cualquiera, solo tiene 10 días desde su presentación para resolverla⁸², lo que implica dar prelación en su despacho a esta clase de procedimientos, abandonando temporalmente la atención a las actuaciones propias de su especialidad.

El punto esencial que cabe ser destacado a modo de conclusión, es que si bien Colombia cuenta con un mecanismo eficaz para el amparo de derechos, su esfera enteramente procesal no tiene una construcción idónea, pues al no existir una jurisdicción constitucional especializada, el juez que tiene a su cargo procesos civiles, administrativos, laborales o penales debe interrumpir su función natural y fungir como juez de tutela, hecho que soslaya el principio de celeridad procesal y de efectividad de la administración de justicia al no permitir que el funcionario judicial focalice su acción en las controversias típicas de su despacho⁸³.

3.3.2 Consecuencias económicas y orgánicas del rol activo de protección de derechos sociales de la Corte Constitucional

Otra consecuencia del activismo judicial en la órbita de los derechos sociales es de índole económica, pues no es un secreto que la garantía de derechos sociales conlleva a obligaciones positivas por parte del Estado y esas obligaciones solo se pueden materializar cuando existe disponibilidad presupuestal para el efecto. Entonces, es necesario analizar la paradoja compleja que consiste en lo que algunos llaman la inestabilidad jurídica y la irresponsabilidad fiscal de los jueces constitucionales⁸⁴ enfrentada a la necesidad inminente de garantía de derechos por parte de la población.

81 Constitución Política de Colombia. Artículo 86 Numeral 3 “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

82 Constitución Política de Colombia. Artículo 86 Numeral 4 “En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución”.

83 CORREA HENAO, N.R. (2011). *El derecho procesal de la acción de tutela en Colombia*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, pág. 89.

84 CLAVIJO, S. (2001). *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*, 1a. ed., Alfa Omega, Bogotá, pág. 36.

Precisamente, en el presente capítulo serán exploradas las tensiones suscitadas por un juez constitucional cuyos fallos causan erogaciones al erario y en donde su función natural sigue siendo ajena a ejecutar el gasto. El costo de los derechos es una realidad, pues no se puede comprender la sostenibilidad y la creación de un sistema de seguridad social sin dinero del Estado que lo edifique, ni tampoco es posible pretender que el derecho a la vivienda digna se proteja sin necesidad de financiación estatal. La intervención económica es entonces necesaria, pero es posible que la Corte Constitucional colombiana, al garantizar derechos sociales, ocasione problemas macroeconómicos y de sostenibilidad financiera. A continuación analizaremos dos posiciones encontradas. Una presentará el impacto negativo de la actuación judicial ya mencionada, y la otra, a su turno, la sustentará y argumentará en *pro* de su viabilidad.

3.3.2.1 En contra de la intervención del juez constitucional por su presunta “irresponsabilidad fiscal”

Quienes sostienen que la intervención económica de la Corte Constitucional es negativa, arguyen varios análisis que bien vale la pena destacar. En primera medida denotan que, en virtud de la separación funcional de las ramas del poder público⁸⁵, es constitucionalmente ajeno a la Corte diseñar políticas de amparo a los derechos sociales y generar cargos al gasto público⁸⁶. Esto, debido a que la órbita orgánica el aparato jurisdiccional debe limitarse a efectuar labores eminentemente técnicas en el espectro jurídico, resolviendo casos y ordenando en sus sentencias lo que el imperio de la ley autoriza, sin poder dar alcance alguno a políticas o a desarrollar lineamientos sociales por vía de sentencias, lo cual le está funcionalmente arrogado al ente legislativo y administrativo del Estado.

De esta forma, aducen, que hoy en día el juez constitucional pretende imponer a la fuerza su interpretación del derecho sobre las demás ramas del poder público,

85 IBÁÑEZ NAJAR, J.E. (2006). *Las funciones públicas y la estructura del Estado para cumplirlas*, 1a. ed., Justicia y Desarrollo Sostenible, Bogotá. Al respecto Ibáñez señala que al ser el poder público uno solo y por lo tanto indivisible, lo que se dividió resultó siendo las funciones del Estado, las cuales están separadas, pero se busca su colaboración armónica entre todos ellos para su ejercicio, quien fuera miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, ha señalado que el hecho de que la acción de tutela apunte textualmente que cobijará “derechos fundamentales”, no configura una negación a otros derechos que bien pueden ser de carácter prestacional o social. Así, afirma que la tutelabilidad de un derecho no depende de su ubicación en el texto constitucional, sino de su naturaleza, pág. 138.

86 Constitución Política de Colombia. Artículo 150 Numeral 11: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración”.

fenómeno que podría conducir a una justicia politizada y poco independiente⁸⁷. En tal sentido se dice que la tarea del juez constitucional como representante del Estado social de derecho no debe intentar redistribuir la riqueza ni garantizar servicios sociales mínimos, ya que su tarea es otra: asegurar libertades básicas y permitir la libertad de las personas en los mercados⁸⁸.

Autores un poco más radicales señalan que la tarea básica del desarrollo económico y social en Colombia está seriamente amenazada por la inestabilidad jurídica agravada por el activismo de la Corte Constitucional, advirtiendo que sus fallos ordenan incrementar el gasto público sin atender sus negativos efectos macroeconómicos⁸⁹, vulnerando seriamente la separación de poderes a través de la cual se delegaba en el Congreso el gasto público. Como ejemplo, en lo que se refiere al *derecho a la salud*, la Corte recientemente equiparó el Plan Obligatorio de Salud (POS)⁹⁰ y obligó a que las personas pertenecientes tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud debían gozar de los mismos beneficios, obligando así a adquirir y poner en circulación medicamentos costosos sin análisis de viabilidad financiera alguna⁹¹.

En *materia económica* una de sus intervenciones más pronunciadas ha sido en la declaración de inconstitucionalidad del sistema UPAC⁹², cuando con la notoria crisis financiera suscitada a final de siglo XX en la financiación de vivienda, la Corte exhortó al legislador a diseñar un nuevo sistema de financiación

87 UPRIMNY YEPES, R. (2006). En *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia.*, 1a. ed., Bogotá, Grupo Editorial Norma, pág. 15.

88 CLAVIJO, S. (2001). *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*, 1a. ed. Alfa omega, Bogotá, pág. 14.

89 *Ibidem*, pág. 12.

90 La Ley 100 de 1993 en su artículo 162^a, ya declarado inexecutable por la Corte Constitucional colombiana señala que “*Es el conjunto esencial de servicios para la atención de cualquier condición de salud definidos de manera precisa con criterios de tipo técnico y con participación ciudadana, a que tiene derecho todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en caso de necesitarlo. El Plan Obligatorio de Salud corresponde al reconocimiento del núcleo esencial del derecho a la salud, que pretende responder y materializar el acceso de la población afiliada a la cobertura de sus necesidades en salud, teniendo en cuenta la condición socio-económica de las personas y la capacidad financiera del Estado. En todo caso prioriza la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y las atenciones de baja complejidad, la medicina y odontología general y admitirá el acceso al manejo especializado o de mediana y alta complejidad cuando se cuente con la evidencia científica y costo-efectividad que así lo aconseje*”.

91 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

92 Este sistema era el nombre brindado a uno de los mecanismos de financiación de vivienda en Colombia. Significa, Unidad de Poder Adquisitivo Constante, y era un índice sobre el que se medían montos de los créditos de vivienda, los cuales, por variables exógenas resultaron aumentando y llevaron a la crisis de vivienda de fin del siglo XX.

de vivienda en Colombia, interviniendo en temas de regulación económica a profundidad y señalando bajo qué índices financieros debían regularse las tasas de interés y el valor de los créditos⁹³, sentencia en que a nuestro juicio resulta extralimitada la actuación de la alta corporación. En este mismo sentido, luego llegó incluso a ordenarle al Banco de la República fijar de forma permanente un límite a las tasas de los créditos de vivienda⁹⁴.

En materia de *derecho al trabajo y con ello a la igualdad salarial*, ordenó equiparar los salarios del sector público y privado en el sector educativo⁹⁵ y en otra providencia indexó de facto el salario mínimo de empleados públicos con la inflación del año inmediatamente anterior⁹⁶. En la misma línea rescató la retrospectividad de algunas normas laborales y permitió la ampliación de derechos patrimoniales existentes para los trabajadores⁹⁷, generando implicaciones patrimoniales propias de la ampliación de cobertura correspondiente.

En *materia pensional*, niveló oficiosamente gran parte de las pensiones del sector público⁹⁸ y en materia de educación básica prohibió el cobro de bonos pensionales en los colegios privados, desincentivando la reinversión privada en ese sector privado⁹⁹.

Estas situaciones denotan la activa intervención de la Corte Constitucional colombiana en la búsqueda de asegurar derechos sociales y configuran ejemplos que sus detractores contemplan como extralimitaciones. Lo cierto es que el impacto fiscal de los jueces de tutela y en especial de la Corte Constitucional es notorio y se puede afirmar que en la mayoría de las situaciones el aparato estatal no se encuentra listo para asumir tan altas responsabilidades, haciendo que mientras los tribunales aumentan el gasto social –por buenas y loables que sean sus intenciones– se convierta ello en el incremento de cargas tributarias a los ciudadanos para poder solventar las órdenes de tales fallos¹⁰⁰.

93 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-700 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

94 *Ibidem*. Sentencia C-955 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

95 *Ibidem*. Sentencia C-252 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

96 *Ibidem*. Sentencia C-1433 del 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

97 *Ibidem*. Sentencia C-177 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

98 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-531 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

99 *Ibidem*. Sentencia C-560 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández.

100 CLAVIJO, S. (2001). *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*, 1a. ed., Alfa Omega, Bogotá, pág. 14.

3.3.2.2 A favor de la intervención del juez constitucional, así su actividad de protección y garantía genere cargos al gasto público

Por otro lado, quienes defienden la intervención del juez constitucional, aun cuando ello implique la generación de cargos al gasto público y tal participación conlleve a efectos fiscales y macroeconómicos de diversa índole, señalan que todos los derechos tienen un costo, sean o no de talante social¹⁰¹, e independientemente de quien los garantice, siempre se requerirá una estructura económica y presupuestal como soporte, descartando la artificiosa dicotomía de que los derechos de libertad no cuestan dinero y los derechos sociales y económicos sí¹⁰².

No es posible, y lo señala con suprema asertividad Cepeda Espinosa¹⁰³, que algunas veces le pidan a la Corte que si defender la Constitución cuesta dinero, la Corte debe abstenerse de amparar los derechos. No hay conocimiento de tribunal constitucional alguno que sostenga que la garantía de los derechos sociales solo se podrá efectuar en la medida en que su amparo un cueste nada, pues distinto es admitir que los recursos son escasos a que se pueda admitir que los derechos sean vulnerados para ahorrar recursos económicos, pues una estadística negativa no da licencia para violar derechos, ni una sentencia borra la dura realidad de la falta de recursos para buscar la plena efectividad de los derechos sociales¹⁰⁴.

En el parecer de esta doctrina, no se trata de una corte que usurpe funciones, ni un tribunal que legisle –como algunos afirman¹⁰⁵–, es una Corporación que ha reaccionado con acciones positivas frente a las falencias de los órganos que deben encaminar políticas públicas en materia de derechos sociales y que ha

101 Se dice que las libertades individuales no cuestan, pero ello termina siendo una falacia. El Estado, por ejemplo, para garantizar la libertad y en particular, la libertad de locomoción, por citar un ejemplo particular, genera erogaciones, pues se debe diseñar y materializar infraestructura vial y su correspondiente seguridad, lo cual es realmente costoso.

102 NORTON, W.W. (1999). Por qué la libertad depende de los impuestos, 1a. ed., New York - London.

103 Ex magistrado de la Corte Constitucional de Colombia. Doctrinante y académico en Derecho Constitucional.

104 CEPEDA ESPINOSA, M.J. (2007). *Polémicas constitucionales*, 1a. ed., Editorial Legis, Bogotá, pág. 218.

105 SÁCHICA APONTE, L.C. (1996). *Constitucionalismo colombiano*, 8a. ed., Editorial Temis. Bogotá. Frente a este punto señalaba Sáchica: “Poder, el de los jueces, que cuando se trata de la acción de tutela de los derechos constitucionales individuales o colectivos puede dar órdenes a las autoridades administrativas, de ejecución inmediata, sin otra consideración que la del derecho subjetivo en juego, pasando por alto las razones de interés público que rigen la función administrativa y las limitaciones legales y de medios que se encuentran en éstas”, pág. 44.

reconocido expresamente la competencia del legislador y el ejecutivo para esa tarea. Frente a ello, algunos magistrados de la corporación estudiando en el caso UPAC y salvando su voto, afirmaron que “*la corte, sin ser el órgano competente, tanto en términos jurídicos como cognoscitivos, abiertamente sustituye al legislador en lo que respecta al desarrollo del derecho a la vivienda digna. De una parte, la atribución de competencias de la Junta Directiva del Banco de la República, sólo la puede hacer el legislador, no la Corte Constitucional mediante sentencia*¹⁰⁶”.

En respuesta a estas críticas, la Corte Constitucional se ha valido del concepto de colaboración armónica de las ramas del poder público¹⁰⁷ y del equilibrio del mismo, el cual está diseñado hacia excluir, o al menos dificultar grandemente toda manifestación de hegemonía o prepotencia de una rama del poder sobre las demás cuyo conjunto constituye el poder público de un Estado¹⁰⁸. En ese sentido, al ver la primera de la inacción de las otras ramas, la Corte está en el deber de estructurar la protección de los derechos sociales, a través de medios constitucionalmente respaldados.

Además, quienes defienden la actividad de la Corte, resaltan que existen casos en la Comunidad Europea¹⁰⁹, Alemania¹¹⁰, Italia¹¹¹ y Francia¹¹², donde se evidencia con claridad el activismo judicial en materia económica de los tribunales constitucionales.

106 Corte Constitucional Colombiana. Salvamento de voto a la sentencia C-955 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y Eduardo Cifuentes Muñoz.

107 IBÁÑEZ NAJAR, J.E. (2006). *Las funciones públicas y la estructura del Estado para cumplirlas*, 1a. ed. Justicia y Desarrollo Sostenible, Bogotá, pág. 73.

108 *Ibidem*, pág. 77.

109 Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. *Caso Francovich en Responsabilidad Patrimonial del Estado*, 1991 y *Caso Marleasing sobre Interpretación del derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario: impactos económicos*, 1990.

110 Tribunal Constitucional Federal de Alemania, *Caso de la Reducción del tamaño de la administración pública en 1991 y de contribución estatal para la industria del carbón en 1994*. Cabe destacar que en el último caso señalado, la Corte declaró la inconstitucionalidad de un tributo que dejaba más de 7,3 millones de marcos para Alemania, considerando que el mismo era contrario al derecho a la igualdad.

111 Corte Constitucional italiana, *Sentencia 220 de 1998*, en la que se trata la corrección y ajuste las desigualdades en materia pensional, la cual, por respeto a la discrecionalidad del legislador, no fue asumida...

112 Consejo Constitucional francés, *Décisions n. 81-132 DC du 16 janvier 1982*. En este fallo el CCF se pronuncia sobre las normas de nacionalización de la banca francesa y expone lineamientos en materia bancaria.

SOLUCIONES A EXPLORAR Y CONCLUSIÓN

Si bien los problemas esbozados en esta investigación configuran algunas de las preocupaciones constitucionales más complejas en la práctica del derecho constitucional colombiano, es pertinente que las soluciones a proponer sean edificadas como producto de debates profundos e incluyentes dentro del país y sus instituciones. Consideramos que este espacio académico configura un escenario idóneo para plantear algunas propuestas que permitan subsanar estas vicisitudes.

En primera medida y frente al problema detectado en materia de calidad de políticas públicas, consideramos que una solución podría versar sobre el aumento del control administrativo y disciplinario sobre los funcionarios que tienen a su cargo la garantía de los derechos sociales, exigiendo su constante actualización académica y técnica, asegurando así legisladores y ejecutores idóneos.

En cuanto al agudo conflicto de la congestión judicial generado por la sobreutilización de la acción de tutela, podría explorarse la ampliación de la jurisdicción constitucional, con el propósito de crear despachos judiciales autónomos que sean sede típica y exclusiva de acciones procesales constitucionales de amparo.

Con relación a la intervención económica de la Corte Constitucional colombiana, se propone configurar un mecanismo jurídico donde se delimite el rango de intervención económica del juez, reconociendo la necesidad de participación financiera de esta corporación, pero estableciendo linderos concretos a esa tarea, para que así no se va mermada la planeación macroeconómica a corto y mediano plazo del Estado.

Para concluir el tema aquí estudiado, debemos advertir que la existencia de un juez activo económicamente es cuestionable desde los puntos de vista ya analizados y aun cuando consideramos que las políticas públicas en materia de derechos sociales deben emanar de discusiones y debates en órganos colegiados de elección popular, en donde concurra la representación popular a defender estas prerrogativas y a dictar su prioridad de ejecución, se debe destacar con creces el aporte de la Corte Constitucional, quien de forma excepcional y atípica, y ante la ausencia de políticas idóneas, entendió que por encima de una estadística negativa que muestra “saldos en rojo para el Estado” está la garantía y el amparo de los derechos y no por una situación financiera compleja se puede permitir la desatención a las garantías sociales de los colombianos.

En suma, el aparato estatal debe confluír, dentro de sus posibilidades orgánicas y de forma armónica, a materializar los mandatos sociales de la Constitución, y esa es una tarea de todos.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- ABRAMOVICH, V. & COURTIS, CH. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Bogotá: Editorial Trotta.
- ALEXY, R. (2010). *Derechos sociales y ponderación*, Editorial Fontamara, Ciudad de México.
- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Porrúa, Madrid.
- ARANGO RIVADENEIRA, R. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 2a. ed., Bogotá, Editorial Legis.
- ARANGO, R. (2002). *Estado social de derecho y derechos humanos*, Separata Especial, Revista 39, Bogotá.
- ARENAS, G. (2011). *El derecho colombiano de la seguridad social*, 3a. ed., Bogotá, Legis Editores.
- BERNAL PULIDO, C. (2008). *El derecho de los derechos*, 1a. ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BOTERO MARINO, C. (2011). Acción de tutela en *Manual de Constitución y Democracia del Estado y la Protección de los Derechos*, 1ª ed., Bogotá: Ediciones Uniandes.
- CAMARGO, P.P. (1967). *Crítica a la Constitución colombiana de 1886*, Editorial Temis, Bogotá.
- CEPEDA ESPINOSA, M.J. (2007). *Polémicas constitucionales*, 1a. ed., Bogotá, Editorial Legis.
- CLAVIJO, S. (2001). *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*, 1a. ed., Alfa Omega, Bogotá.
- ESGUERRA PORTOCARRERO, J.C. (2004). *La protección constitucional del ciudadano*, 1a. ed., Editorial Legis, Bogotá.
- GARCÍA VILLEGAS, M. (1993). La incidencia social de la Constitución. *Revista de Derecho Público*, Bogotá.
- GONZÁLES MONGUÍ, P.E. (2009). *Derechos económicos sociales y culturales*, 1a. ed., Bogotá, Universidad Libre de Colombia.
- HERNÁNDEZ GALINDO, J.G. La Constitución de 1991 y los derechos fundamentales en *La Constitución 20 años después, visiones desde la teoría y la práctica constitucional*. YEPES ARCILA, HERNANDO y SUELT COCK, VANESSA (coordinadores académicos). Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez.
- IBÁÑEZ NAJAR, J.E. (2006). *Las funciones públicas y la estructura del Estado para cumplirlas*, 1a. ed., Justicia y Desarrollo Sostenible, Bogotá.
- LEMAITRE RIPOLL, J. (2009). *El derecho como conjuro*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

- LÓPEZ MURCIA, J.D.; BATEMAN SERRANO, A.; VENGOECHEA BARRIOS, J.M.; LÓPEZ PATRÓN, J.M. (2009). *La garantía de los derechos sociales*. Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Colección Profesores N° 46, Bogotá D.C., Colombia.
- NARANJO MESA, V. (1994). *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 5a. ed., Editorial Temis, Bogotá.
- PALACIOS MEJÍA, H. (1999). *La economía en el derecho constitucional colombiano*, 24, Derecho Vigente, Bogotá D.C.
- QUINCHE RAMÍREZ, M.F. (2008). *Derecho Constitucional Colombiano*, 2a. ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez.
- RIVERO, J. (1984). *Derecho administrativo*, 1a. ed., Caracas, Universidad Central de Venezuela.
- SÁCHICA APONTE, L.C. (1996). *Constitucionalismo colombiano*, 8a. ed., Editorial Temis. Bogotá.
- UPRIMNY YEPES, R. (2006). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia.*, 1a. ed., Bogotá, Grupo Editorial Norma.
- VELÁSQUEZ TURBAY, C. (2008). *Derecho Constitucional*, 3a. ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Tratados o convenios:

- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, PACTO DE SAN JOSÉ, suscrito el 22 de noviembre de 1969, aprobada en Colombia por la Ley 16 de 1972, con depósito de ratificación del 31 de julio de 1973.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, suscrito el 16 de diciembre de 1966, aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968. Es el documento internacional más importante sobre la materia y en su contenido está el catálogo de esta clase de derechos, reconocidos por la comunidad internacional.
- PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, adoptado el 17 de noviembre de 1988, aprobado en Colombia mediante la Ley 319 de 1996, con depósito de ratificación del 23 de septiembre de 1997, que es el texto integral más importante del Sistema Regional de Protección, sobre estos derechos.

Constituciones Foráneas:

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESPAÑA DE 1978. LEY FUNDAMENTAL PARA LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, “LEY DE BONN” de 1949.

Jurisprudencia Internacional:

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual*, 1993.
- CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS, *Décisions n. 81-132 DC du 16 janvier 1982*.
- CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA, *Sentencia 220 de 1998*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 27 de abril de 2012, caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, *Caso de la Reducción del tamaño de la administración pública en 1991 y de contribución estatal para la industria del carbón en 1994*.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. *Caso Francovich en Responsabilidad patrimonial del Estado, 1991 y Caso Marleasing sobre Interpretación del derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario: impactos económicos, 1990*.

Jurisprudencia, Corte Constitucional: Constitucionalidad:

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-252 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-531 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-237 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-560 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-700 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Salvamento de Voto, sentencia C-955 de 2000, Magistrados Ponentes: Vladimiro Naranjo Mesa y Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-038 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-226 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 235 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas.

Tutela:

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-491 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-290 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 312 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-671/2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-1565/2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

