

JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES  
FUNDAMENTALES EN COLOMBIA  
APORTE A LA CONSTRUCCIÓN  
DE UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN LATINOAMÉRICA

Rodolfo ARANGO\*

SUMARIO: I. *Reflexión histórica sobre los orígenes del constitucionalismo social en Latinoamérica.* II. *Aportes dogmático-teóricos a la construcción del ius constitutionale commune.* III. *Reflexiones sobre un futuro camino posible: un ius constitutionale commune latinoamericanum en clave de derechos sociales fundamentales.* IV. *Bibliografía.*

Luego de los estudios que le dan un piso histórico y un contexto económico realista a la construcción de *un ius constitutionale commune* latinoamericano, me corresponde aportar algunos elementos a esta desafiante y prometedor empresa de la integración por vía del derecho, en particular del derecho constitucional de los derechos fundamentales.

No es ésta una tarea fácil. Las diferencias de génesis histórica, de situación económica y política y de disparidad demográfica, son tan grandes entre los países de Latinoamérica que alimentan el escepticismo ante el proyecto. Esas dificultades deben ser tomadas muy en serio para no convertir la potencialidad de los derechos fundamentales y sus mecanismos de protección, en particular los derechos sociales fundamentales y las acciones constitucionales para su defensa (amparo, tutela, acción de seguridad), en un medio de integración inútil al fin de la integración jurídica del continente.

Me corresponde, por lo tanto, aportar algunos elementos dogmático-teóricos desarrollados a partir de una experiencia constitucional concreta, la colombiana, para orientar y canalizar la discusión del papel que podrían cumplir los derechos sociales en la construcción de un derecho común lati-

\* Profesor asociado, Departamento de Filosofía, Universidad de los Andes (Bogotá). Agradezco a la Fundación Alexander von Humboldt el apoyo financiero para asistir al presente simposio en calidad de ex becario.

noamericano. Para ello he dividido mi estudio en tres partes. Primero haré una corta reflexión histórica sobre lo que comparten nuestros países en contraste con la experiencia europea y que hace del enfoque de un *ius commune* en clave de derechos sociales un enfoque arriesgado pero acertado. Luego me referiré a cuatro aspectos neurálgicos que ha enfrentado y ha resuelto la Corte Constitucional colombiana al construir un derecho constitucional de los derechos sociales fundamentales. Finalmente dejaré plasmadas algunas reflexiones sobre el posible camino a seguir en la construcción del *ius constitutionale commune* en clave de un *ius social fundamental*.

## I. REFLEXIÓN HISTÓRICA SOBRE LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN LATINOAMÉRICA

Europa aprendió a lo largo de su historia a ser democrática y construyó una comunidad solidaria gracias a las luchas políticas y sociales en pos de la libertad y en contra de regímenes absolutistas y totalitarios. Latinoamérica, pese a ser hija de Europa, ha venido construyendo su conciencia común bajo un desafío diferente al de la falta de libertad. La desigualdad y la pobreza han condenado, y aún condenan, en mayor o menor grado, a cientos de millones de personas a vivir en condiciones indignas e inhumanas. Se podría afirmar que luego de la independencia de los poderes coloniales hace doscientos años, los primeros cien años el continente se ocupó de construir identidades nacionales en medio de guerras internas y externas, mientras los siguientes casi cien años tuvo que aprender a ser democrático, dejar atrás los regímenes militares, reales (Argentina, Chile, Brasil, Paraguay, Uruguay) o encubiertos (Colombia con su estado de sitio de cincuenta años), propios de una tradición caudillista y una población con grandes niveles de desigualdad material.

Establecida la democracia a finales del siglo XX, el continente le ha apostado al proyecto neoconstitucional, entre otras estrategias, buscando superar unos de sus mayores desafíos: la desigualdad y la pobreza. Estos grandes problemas llevan a la exclusión social a buena parte de la población de sus países. Con razón el ex magistrado de la Corte Constitucional colombiana, Eduardo Cifuentes Muñoz, ha bautizado el constitucionalismo colombiano con el nombre de “constitucionalismo de la pobreza”.<sup>1</sup> En resumen, un factor común de los países latinoamericanos a principios del siglo XXI —a diferencia de Europa construida en sus revoluciones de derechos

<sup>1</sup> Cifuentes Muñoz, Eduardo, “El constitucionalismo de la pobreza”, *Revista jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 4, núm. 2, 1995, pp. 53-78.

en pos de la liberad— es la lucha contra la pobreza y la desigualdad social, entre otros medios, por vía del derecho constitucional, particularmente mediante la garantía efectiva de los derechos sociales fundamentales.<sup>2</sup>

## II. APORTES DOGMÁTICO-TEÓRICOS A LA CONSTRUCCIÓN DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

Quisiera mencionar cuatro aportes que modestamente, desde la experiencia colombiana, pueden ser de interés en la construcción de una *ius constitutionale commune*. Ellos tienen que ver con (1) la clarificación conceptual y (2) la delimitación del objeto de conocimiento, así como con (3) objeciones teóricas al proyecto y (4) elementos institucionales que han permitido una efectiva justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. Al final cerraré con las reflexiones que surgen de la discusión del caso colombiano y su aporte al proyecto común más amplio y ambicioso.

### 1. *¿Qué son y qué no son los derechos sociales fundamentales?*

En el sistema jurídico colombiano, los derechos sociales fundamentales son derechos a prestaciones positivas del Estado que han sido consagrados en un orden jurídico nacional y que han sido reconocidos como derechos constitucionales con carácter fundamental. En este sentido, estrictamente, no son derechos sociales fundamentales los derechos liberales clásicos de libertad de asociación sindical, de negociación colectiva o de manifestación, los cuales son clásicos derechos de libertad. Derechos sociales fundamentales son, según la jurisprudencia constitucional colombiana, los derechos a la alimentación, la salud, la educación, la vivienda, el trabajo y la seguridad social, todos ellos derechos individuales a prestaciones positivas del Estado.

Bajo esta perspectiva, los derechos sociales reconocidos en la legislación laboral, individual o colectiva, de familia o administrativa, pese a carecer en principio de rango *ius* fundamental, pueden adquirirlo en casos concretos y ser protegidos por la jurisdicción constitucional. Nada impide que los jueces reconozcan en sus decisiones que los derechos sociales legales gozan de protección constitucional —por ejemplo, la que prohíbe su retroceso y exige la

<sup>2</sup> Políticamente deberían ser los países latinoamericanos los primeros en suscribir y luego ratificar el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, si los gobiernos del continente desean ser consecuentes con el desafío histórico que enfrentan. A la ciencia y a la academia le corresponde, por su parte, abordar reflexivamente los problemas fundamentales de este gran desafío.

realización progresiva—<sup>3</sup> cuando ya se ha alcanzado un nivel de garantía que no puede ser revertido sin razones válidas y suficientes de orden constitucional, todo en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos que prohíben el desconocimiento del principio de progresividad en materia de derechos sociales, económicos, culturales y ambientales.

## 2. *Positivización, constitucionalización, fundamentalidad y justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales*

Desde el cambio constitucional de 1991 en Colombia, mediante el cual la Asamblea Constituyente adoptó una ambiciosa Carta de Derechos y Deberes

<sup>3</sup> Sostiene la Corte Constitucional colombiana respecto al principio de progresividad de los derechos sociales —que incluye la prohibición de no retroceso respecto del nivel de garantía alcanzado— lo siguiente: “El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Ahora bien, como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición *prima facie*. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social” (Sentencia C-444 de 2009.). El carácter fundamental del derecho protege especialmente a sujetos con estatus constitucional reforzado. Dice la Corte: “Las obligaciones estatales en materia de protección progresiva de los derechos económicos sociales y culturales, como lo es el derecho a la vivienda digna, adquieren una relevancia especial cuando la titularidad de los mismos está en cabeza de sujetos de especial protección. En tal virtud, en relación con la calidad y la estabilidad de la vivienda nueva de interés social, el cometido estatal de salvaguardar este derecho cada vez de mejor forma, y de evitar retrocesos en los estándares alcanzados de reconocimiento y protección, se hace aun mayor”. En este caso la Corte declaró inconstitucional una norma derogatoria pero condicionó la constitucionalidad de la norma revivida a que su protección abarcara sólo a los sujetos de especial protección constitucional. Dijo la Corte: “La Corte encontró que el artículo 40 de la Ley 3a. de 1991 es inconstitucional porque, al derogar la obligación de constituir la póliza de estabilidad y calidad de la vivienda, produjo un vacío legislativo que significa una medida regresiva en materia de protección del derecho a la vivienda digna de interés social, pero en donde el retiro del ordenamiento de la norma acusada llevaría a una situación de inconstitucionalidad más gravosa, toda vez que se generaría una desprotección frente a las condiciones mínimas de vivienda adecuada para sujetos de especial protección (de interés social), por lo que se hace necesario acudir a una modalidad de sentencia integradora, que hace preservar la norma en el ordenamiento jurídico pero condicionada a que se mantenga la obligación de los vendedores de vivienda de interés social de otorgar una póliza o garantía de calidad y estabilidad de los inmuebles que enajenan. Ello bajo el principio de interpretación conforme a la Constitución”.

así como un sistema mixto de control de constitucionalidad —concentrado en el control abstracto normativo y difuso en para la protección de los derechos fundamentales—, la Corte Constitucional ha interpretado que los derechos constitucionales fundamentales se determinan por vía interpretativa (sentencia T-002 de 1992), sin que exista una lista cerrada y explícita de los mismos como en otras Constituciones, por ejemplo la Constitución española de 1978. Esto es importante aclararlo porque la Constitución, siguiendo la tradición, divide en capítulos diferentes los derechos civiles y políticos que reúne bajo el título de “derechos fundamentales” y los derechos económicos sociales y culturales, que, en principio, carecerían del carácter fundamental y serían de desarrollo legislativo y progresivo. Es así que la propia Corte Constitucional colombiana en sus primeros años sólo reconoció fundamentalidad de los derechos sociales mediante la tesis de la conexidad. Según esta tesis, sólo los derechos sociales que tengan conexidad con “verdaderos” derechos fundamentales en un caso concreto adquieren el carácter de derechos sociales fundamentales. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la salud, el cual sería fundamental por su conexidad con el derecho a la vida cuando de no protegerse inmediatamente el primero podría terminar por afectarse el segundo. Por fortuna, en los últimos años, la Corte Constitucional colombiana ha reconocido el carácter de derechos constitucionales fundamentales autónomos a los derechos al mínimo existencial (como derecho innominado, sentencia T-426 de 1992), a la educación (sentencia T-202 de 2000), a la vivienda digna (sentencias T-1017 de 2007 y C-444 de 2009<sup>4</sup>), a la seguridad social (sentencia T-701 de 2008) y a la salud (sentencia T-760 de 2008), bien sea para toda persona o con relación a sujetos que gozan de especial protección constitucional del Estado (como menores de edad, mayores de edad, personas en situación de discapacidad, miembros de minorías étnicas y culturales, desplazados por la violencia, entre otros).

Por otra parte, en el sistema de múltiples niveles que constituye el sistema normativo de protección de los derechos humanos,<sup>5</sup> encontramos el reco-

<sup>4</sup> Dijo la Corte en esta oportunidad: “En distintas oportunidades esta Corporación se ha referido a la naturaleza y al alcance del derecho a la vivienda digna, y aunque ha reconocido que conforme a la Constitución, se trata de un derecho económico y social, por ende de naturaleza prestacional y progresiva, ha señalado que en ciertos casos algunas facetas de la vivienda digna alcanzan la categoría de derechos fundamentales, como por ejemplo respecto de la población desplazada en que el derecho a la vivienda digna adquiere un carácter fundamental y no solamente prestacional. En otros casos, las garantías jurídicamente definidas a través de la adopción de políticas públicas en materia de vivienda digna también pueden erigirse en derechos subjetivos de carácter fundamental”.

<sup>5</sup> Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

nocimiento de derechos sociales tanto a nivel de los pactos internacionales de carácter universal, como de los pactos regionales, en este caso el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estos dos niveles supranacionales vienen a reforzar la garantía y la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales cuando ellos no son reconocidos efectivamente en la práctica de los países que han suscrito el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y/o la Convención Americana.<sup>6</sup>

En conclusión, para estar ante verdaderos derechos sociales fundamentales no basta ni su positivización en el orden interno, ni su reconocimiento constitucional o convencional; se requiere además de su reconocimiento como derechos fundamentales y el establecimiento de acciones y procedimientos constitucionales para hacer exigible estos derechos por parte de sus titulares. Los derechos sociales fundamentales, en consecuencia, no son normas de rango constitucional que sólo establecen obligaciones objetivas a los poderes públicos, en particular al legislador para que los desarrolle progresivamente, sino verdaderos derechos públicos subjetivos en cabeza de sus individuos quienes pueden exigirlos en forma inmediata ante los jueces constitucionales.

### *3. Objeciones a la justiciabilidad de derechos sociales fundamentales y respuesta a ellas*

La indeterminación estructural de los derechos sociales afecta tanto a los posibles obligados como al contenido de las prestaciones. En el primer caso no es claro cuál sea el destinatario de las obligaciones concomitantes: el titular del derecho, su familia, el Estado o la comunidad internacional. En el segundo, las tendencias expansivas de las prestaciones amenazan la libertad y la propiedad de otros. Tal indeterminación conduce a tres objeciones de fondo al reconocimiento de los derechos sociales fundamentales por vía jurisprudencial, en contraste con los derechos de libertad que sí serían inmediatamente exigibles.

<sup>6</sup> Muestra de la creciente integración del derecho constitucional por vía del derecho internacional de los derechos humanos en Latinoamérica es la importancia que ha cobrado en la última década el sistema interamericano de derechos humanos —integrado por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, en particular el control de convencionalidad. Véase Sagués, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales”, *La Ley*, LXXIII, núm. 35, 19 de febrero de 2009, pp. 1-3; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLIV, núm. 131, mayo-agosto de 2011, pp. 917-967.

### A. *Objeciones*

1) La objeción cognitiva sostiene que la garantía de las libertades clásicas —entendidas en el sentido de Hobbes como ámbitos individuales de auto-determinación vedados a la intervención del Estado—, es posible gracias a que la afectación de las libertades es reconocible en forma objetiva, cosa que no sucedería con los derechos sociales. Por ejemplo, en el caso de la intimidad, la afectación del derecho fundamental se daría por la actuación oficial de irrumpir en el domicilio de la persona o de intervenir sus comunicaciones privadas. Lo anterior no sería verificable para el caso de los derechos sociales, como por ejemplo, la alimentación. En el evento de carecer de los medios para proveerse los alimentos necesarios para llevar una vida sana, la afectación del derecho provendría de una omisión no atribuible a alguien en particular. El alto grado de indeterminación de los posibles obligados y del alcance de la prestación harían imposible el establecimiento de la violación del derecho social. Sin prescripción legal que determine los obligados y el alcance de sus obligaciones sociales, ¿cómo podría saberse quién y cuándo vulnera el derecho social a la alimentación?

2) La objeción metodológica apunta en la misma dirección que la objeción cognitiva. En el caso de los derechos de libertad, existiría un procedimiento racional y controlable para establecer si la afectación a un derecho es una restricción legítima o una vulneración del mismo. En el caso de la intervención de las comunicaciones privadas, el juez analizaría si ella fue desplegada por la autoridad competente respetando las condiciones constitucionales, *v. gr.* la existencia de una orden judicial que autorice la intervención. Ulteriormente, dependiendo de la dimensión de la intervención y del grado de control constitucional a aplicar, el juez analizaría si la intervención desplegada por la autoridad pública es adecuada, necesaria o estrictamente proporcional. En contraste con esta metodología para establecer la vulneración de derechos de libertad (para algunos los únicos derechos fundamentales), la objeción metodológica sostiene que no disponemos de un método objetivo y razonable para establecer la vulneración de los derechos sociales. Esto porque la omisión que en principio podría vulnerar los derechos sociales, por ejemplo la falta de alimentación adecuada, en un caso particular, podría provenir de diversos obligados y porque, no existiendo una actuación concreta a analizar en su constitucionalidad, los jueces carecerían de parámetros generalmente compartidos para establecer la violación del derecho.

3) Finalmente, para el caso de los derechos sociales fundamentales o derechos a recibir una prestación positiva del Estado con rango constitucional,

los críticos que reconocen exclusivamente a los derechos sociales un carácter programático consideran incompatible la garantía de estos derechos por vía judicial con el Estado democrático de derecho. La discrecionalidad legislativa en la fijación de los fines sociales y en la escogencia de los medios para alcanzar dichos fines, sería sustituida por la discrecionalidad judicial, pasando nuestro Estado de la forma liberal y democrática a una modalidad de Estado judicial donde reinaría la arbitrariedad y se eliminaría la libertad. Esta posición la comparten desde juristas de izquierda como Ernst Böckenförde<sup>7</sup> hasta economistas como Friedrich v. Hayek.<sup>8</sup> Para estos pensadores los únicos derechos fundamentales coinciden con las libertades básicas de la tradición liberal. Los derechos sociales serían más una directriz, programa o lineamiento de las políticas sociales que el legislador estime democráticamente establecer y perseguir.

### B. Respuestas

En otro lugar hemos defendido la tesis de que los derechos sociales son verdaderos derechos fundamentales.<sup>9</sup> La defensa de tal tesis depende de la posibilidad de desvirtuar, de forma convincente, las objeciones antes expuestas. En esta ocasión reiteraremos la propuesta teórica que ve en la defensa de los derechos sociales fundamentales por parte de los jueces constitucionales una alternativa que contribuye a su realización, sin que ello signifique ni la sustitución del modelo económico y social mediante la abolición de la propiedad privada, ni del modelo político mediante el desplazamiento del Estado democrático de derecho por el Estado judicial. Para defender tal tesis es necesario construir una dogmática adecuada a la realización de este tipo de derechos fundamentales, así como la institucionalidad correspondiente (véase infra 4).

Una dogmática adecuada para la garantía de derechos sociales fundamentales debe hacerse cargo de la interdependencia de los individuos, de sus derechos<sup>10</sup> y de sus obligaciones constitucionales. Ello porque el reconocimiento de todo derecho fundamental definitivo, sea de libertad o prestacional, supone la limitación legítima de derechos de otros, como la libertad

<sup>7</sup> Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.

<sup>8</sup> Véase von Hayek, Friedrich, *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza, 1974.

<sup>9</sup> Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.

<sup>10</sup> Sen, Amartya, *Economía del bienestar y dos aproximaciones a los derechos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, Estudios de Filosofía y Derecho núm. 2.



y la propiedad. Tal limitación sólo estará justificada si es posible establecer objetivamente cuándo y por quién se desconocen derechos fundamentales.

1) En el caso de los derechos sociales fundamentales su vulneración puede provenir tanto de omisiones parciales como de omisiones absolutas del Estado.<sup>11</sup> En el primer evento, cuando se trata de omisiones parciales del Estado por un reconocimiento selectivo, insuficiente, o discriminatorio de prestaciones positivas a unas personas o grupos y no a otras u otros, pese a no existir razones suficientes para establecer la diferenciación de trato, la vulneración de los derechos sociales fundamentales se verifica mediante la aplicación del principio de igualdad. La persona afectada por el trato desigual, invocando el principio constitucional a la igualdad (artículo 13 de la Constitución), puede solicitar del juez constitucional la protección de sus derechos a la alimentación, la salud, la educación, el trabajo, la seguridad social o la vivienda, mediante la inclusión en las políticas públicas y actuaciones previas de la administración que favorecen a personas de las cuales no es posible establecer una diferenciación razonable en relación con el demandante excluido. Los jueces constitucionales en este evento proceden a realizar el test de razonabilidad y proporcionalidad clásicos, ampliamente aplicado en la jurisprudencia constitucional, para establecer la existencia o no de una vulneración del principio de igualdad y, en forma coetánea, de los derechos sociales fundamentales.

La segunda hipótesis de vulneración concierne a la omisión absoluta del Estado en el reconocimiento de derechos sociales fundamentales. Ésta es más problemática porque al no existir un parámetro normativo previo con referencia al cual medir la conducta parcialmente omisiva de las autoridades públicas, se hace más difícil establecer cómo una omisión total respecto a todos los ciudadanos puede desconocer derechos sociales, en principio identificados con derechos programáticos de necesario desarrollo legislativo. La ausencia absoluta de una política pública dirigida a satisfacer la garantía y el goce de derechos sociales haría, en principio, inexigible por vía de los jueces constitucionales que el Estado actuase para asegurar prestaciones positivas a determinadas personas.

Las omisiones absolutas del Estado pueden ser establecidas objetivamente mediante un “modelo del caso extremo” y el principio de urgencia, entre otros, para el establecimiento de violaciones a los derechos sociales fundamentales mínimos.<sup>12</sup> El modelo del caso extremo opera mediante una argumentación sistemática y contrafáctica que permite al juez constitucional es-

<sup>11</sup> En principio, la vulneración por particulares a los derechos sociales cae bajo la órbita del incumplimiento legal cuya competencia corresponde a los jueces ordinarios.

<sup>12</sup> Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit., pp. 200 y ss.

tablecer si una omisión absoluta del Estado, como por ejemplo al carecer íntegramente de una política pública de asistencia pública a las personas en situación de discapacidad, vulnera derechos sociales fundamentales en un caso específico. La vulneración de los derechos sociales fundamentales se constata cuando es posible establecer de manera objetiva y razonable que de no actuar el Estado se estaría imponiendo una carga injustificada a la persona titular del derecho. No es constitucionalmente admisible que una persona tenga que soportar un resultado incompatible con el texto constitucional por el sólo hecho de contar con la mala suerte de ser pobre o estar en situación de desamparo por la ausencia de allegados que puedan ofrecerse efectivamente un apoyo para no caer en la desesperanza.<sup>13</sup>

2) El principio de urgencia<sup>14</sup> elimina la arbitrariedad judicial en el proceso de reducción de la indeterminación de los derechos sociales fundamentales *prima facie*. El sistema de deberes y cargas sociales supone el ejercicio autónomo de la libertad por los asociados en una sociedad democrática. No obstante lo anterior, la inacción u omisión de los órganos representativos no puede, en un Estado constitucional de derecho comprometido con la realización de los principios fundamentales, llegar hasta el extremo de vaciar o hacer inocuos tanto los principios como los derechos y deberes fundamentales.

Un ejemplo permite traer a la intuición cómo el principio de urgencia permite cerrar la brecha a la subjetividad del juez a la hora de reconocer derechos sociales fundamentales, en principio de necesario desarrollo legislativo. Una mujer con seis meses de embarazo con alto riesgo, a quien la entidad prestadora de salud le negaba la realización de un examen por no encontrarse dentro de las prestaciones contenidas en el plan obligatorio de salud, elevó una acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud. Los jueces en primera y segunda instancia negaron la tutela de sus derechos con el argumento de que la entidad de salud había actuado de conformidad con la ley. La Corte Constitucional revocó las sentencias revisadas y tuteló los derechos de la demandante y ordenó a la entidad prestadora de salud “que en lo sucesivo se abstenga de negar la

<sup>13</sup> La sentencia T-533 de 1992 constituye el caso paradigmático de vulneración por omisión absoluta del Estado. Al respecto véase Arango, 2005, pp. 170 y ss.

<sup>14</sup> Véase la importante distinción entre preferencia y urgencia en el artículo de Thomas Scanlon, “Preference and Urgency”, *The Journal of Philosophy* 19, 1975, pp. 655-669. Scanlon muestra convincentemente que mientras las preferencias son subjetivas la urgencia es un concepto que goza de objetividad y reduce el ámbito de indeterminación de los deberes para con otros.

atención de las salud en los casos de urgencia comprobada”.<sup>15</sup> Pese a la existencia de normas legales en contrario, los jueces constitucionales ordenan la inaplicación de las mismas en el caso concreto cuando la aplicación de la ley en la situación de urgencia impide garantizar efectivamente el derecho fundamental amenazado o lesionado.

En principio, cualquier persona u organización podría ser responsable por la violación de los derechos sociales fundamentales. No obstante, no siendo posible establecer, por fuera de los causes legales, quién es el llamado a ocupar el primer orden de exigibilidad de la obligación de satisfacer la prestación del derecho social, es al Estado en virtud de los principios de subsidiaridad y solidaridad social, en su calidad de garante general de los derechos y libertades de las personas, el llamado a responder por vulneraciones a los derechos sociales fundamentales. En el caso arriba mencionado, el particular obligado por los jueces a cumplir con la prestación de salud extralegal puede, en consecuencia, solicitar del Estado la devolución de los costos en que se incurrió para la intervención urgente para satisfacer los derechos fundamentales de la persona afectada.

3) El principio de subsidiariedad pretende que la responsabilidad de los primeros obligados a satisfacer los derechos fundamentales, a saber su propio titular y luego sus allegados más inmediatos, pueda asumirse a cabalidad sin la intervención del Estado, de forma que se evite el paternalismo y la dependencia que van aparejados al reconocimiento de derechos a prestaciones del Estado.<sup>16</sup> Sólo cuando la persona no puede ayudarse a sí misma, o han fallado los círculos de apoyo asociativo más inmediatos representados en la familia cercana, entra el Estado a ocupar el primer lugar en la cadena de los obligados a garantiza el derecho social fundamental. De nuevo el principio de urgencia es el detonante para activar el principio de subsidiariedad. No es objetivo ni razonable exigir que la persona que no se puede ayudar a sí misma o que los allegados que tampoco están en capacidad ma-

<sup>15</sup> Corte Constitucional, sentencia T-477 de 2000.

<sup>16</sup> Immanuel Kant se opone en principio al reconocimiento de derechos humanos presenciales o positivos a favor de los individuos, por entrañar un riesgo de dependencia, autoritarismo y paternalismo contrarios a la idea de la autonomía personal. Véase Kant, Immanuel, “Teoría y práctica. En torno al tópico: “eso vale en la teoría pero no sirve de nada en la práctica”, en *id.*, *¿Qué es la ilustración?*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, pp. 206 y 207. No obstante, en la *Metafísica de las costumbres* el mismo Kant defenderá el deber del Estado consistente en brindar beneficencia pública a los necesitados, niños, pobres y ancianos. Una defensa de derechos humanos sociales que tiene en cuenta el principio de autonomía pero también el principio de interdependencia entre los seres humanos se encuentra en Tugendhat, Ernst, *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 346-349. En igual sentido, véase Shue, Henry, *Basic Rights*, Princeton, Princeton University Press, 1980.

terial de hacerlo sean los obligados a realizar el derecho social fundamental. Es el Estado en virtud de los referidos principios a quien le es exigible la satisfacción inmediata del derecho. Abierta queda la pregunta de hasta dónde la comunidad internacional podría ser igualmente obligada a responder en caso de que los obligaciones positivas en cabeza del Estado superen su capacidad de acción por las dimensiones de la amenaza, tema que deberá ser abordado en otra ocasión cuando nos refiramos a los derechos humanos sociales y al fenómeno de la globalización del derecho.<sup>17</sup>

Por otra parte, es importante dejar en claro que el minimalismo judicial en materia de derechos sociales fundamentales no supone en ningún momento una falta de activismo o de llamado a ejercitar la imaginación jurídica por parte de los jueces.<sup>18</sup> Por el contrario, la justicia constitucional debe acometer conscientemente la tarea de formular y revisar permanentemente el sistema de distribución de corresponsabilidades sociales mediante el desarrollo de una doctrina coherente de deberes constitucionales personales, nacionales y cosmopolitas. Los niveles de exigibilidad de tales deberes dependen en la práctica de los principios de subsidiaridad y solidaridad social. Los jueces constitucionales están llamados a cumplir un papel central en la educación política de las sociedades actuales, así como en la realización de las capacidades de todos.

#### 4. *Elementos institucionales que explican la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia*

Un cuarto y último punto que explica el relativo éxito en la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia tiene que ver con las características del sistema institucional adoptado a partir de 1991. Los elementos institucionales que explican por qué funciona la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en la práctica colombiana tienen que ver con: a) Disfuncionalidad institucional; b) Activismo civil; c) Participación social; d) Innovación judicial. Procederé a explicar sucintamente estos elementos, en especial, aunque no únicamente, a partir de dos sentencias de la Corte Constitucional colombiana muy conocidas: la primera referida a las personas víctimas del desplazamiento interno forzado (sentencia T-025

<sup>17</sup> Véase al respecto Arango, Rodolfo, “Realizando la justicia global”, en Cortés, Francisco y Guisti, Miguel (eds.), *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 163-179.

<sup>18</sup> Al respecto consultar el excelente libro *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública* de Martha Nussbaum (Barcelona, Ed. Convenio Andrés Bello, 1997), en el que la filósofa estadounidense llama a cultivar la sensibilidad moral de los jueces.

de 2004) y la segunda relacionada con la prestación del servicio de salud (sentencia de la Corte Constitucional T-760 de 2008).

### A. *Disfuncionalidad institucional*

Es importante entender el contexto en que surge la justiciabilidad constitucional de los derechos sociales fundamentales en sociedades como la colombiana. Ésta se caracteriza, como otras sociedades no bien ordenadas, por la debilidad estructural de la sociedad civil, la baja participación política de la población, la corrupción electoral y clientelismo, la escasa responsabilidad política de los agentes públicos y el incumplimiento generalizado de la ley y de las sentencias judiciales, tanto por parte del Estado como de los particulares. En este contexto es entendible que se presente una “supraconstitucionalización” o “inflación constitucional”, consistente en la masiva utilización de acciones judiciales por personas y grupos afectados por la arbitrariedad. La existencia de partidos políticos sin capacidad de movilización social incentiva la judicialización de la política y la constitucionalización del derecho ordinario. En el caso de los derechos sociales de las personas víctimas del desplazamiento forzado, el problema de desconocimiento de los derechos sociales mínimos de la población desplazada por la guerra obedece en buena parte a las insuficiencias administrativas, omisiones múltiples y errores de coordinación entre autoridades públicas, más que a un problema de ausencia de recursos económicos.

### B. *Activismo civil*

Un segundo elemento a tener en cuenta es el creciente activismo de la sociedad civil. El ejercicio del poder público ya no trascurre, como dice Jürgen Habermas al referirse a la política internacional, exclusivamente por los canales de representación estatales sino es agenciada por actores no estatales, organizaciones de la sociedad civil defensoras de derechos humanos, grupos organizados, etcétera.<sup>19</sup> La movilización ciudadana se apropia del derecho, ejerce el litigio estratégico, intercambia información a través de diferentes ONGs, planea acciones conjuntas, jurídicas y políticas, a nivel nacional e internacional, en ámbitos neurálgicos como megaobras de infraestructura que amenazan la existencia de comunidades ancestrales, lucha

<sup>19</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 407 y ss.

contra el alto costo de medicamentos para controlar enfermedades catastróficas como el SIDA, el cáncer, entre otras.

En el caso del movimiento nacional por la salud pública en Colombia, las investigaciones de sectores independientes no vinculados con el Estado muestran que los altos costos del sistema de salud no son tanto por las sentencias de constitucionalidad que reconocen derechos a la salud en casos concretos sino por una política estatal favorable a los intereses de intermediarios y grandes laboratorios farmacéuticos que amenazan con suspender la producción e importación de medicamentos si no se garantiza una libertad de precios, pese a su posición monopólica en el mercado. Todo lo cual lleva a la convicción que la defensa del derecho social fundamental a la salud no puede limitarse al plano del litigio nacional sino que tiene que incluir estrategias transnacionales con múltiples aliados compartiendo información y experiencia en la defensa de derechos de los consumidores.

### C. *Diseño institucional participativo*

Un tercer elemento que ha resultado decisivo para la protección efectiva de derechos sociales fundamentales es el diseño institucional de los mecanismos de participación ciudadana ante los jueces constitucionales, particularmente la Corte Constitucional. La existencia de audiencias públicas participativas, de intervenciones ciudadanas, de *amicus curiae* que convierten un caso nacional en caso relevante a nivel mundial en un contexto general de lucha por los derechos humanos, son elementos de diseño y funcionamiento del sistema constitucional que fomentan su carácter democrático, deliberativo<sup>20</sup> y contestatario.<sup>21</sup> En el caso de las personas afectadas por el desplazamiento forzado y en el caso de los usuarios del sistema de salud en Colombia, la Corte Constitucional no sólo ha escuchado a los afectados por las acciones y omisiones del Estado antes de proferir sus sentencias, sino que en ellas ha ordenado la constitución de comisiones mixtas, integradas por funcionarios, afectados, académicos y expertos, que vigilen el cumplimiento de las sentencias en las cuales se dictan medidas especiales y generales, inmediatas y mediatas, para lograr a mediano plazo la garantía efectiva de los derechos fundamentales.

<sup>20</sup> Rawls, John, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995; Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999.

<sup>21</sup> Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra, 2000; Pettit, Philip, *Republicanism. Una teoría sobre la liberad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 2004.

#### D. *Innovación en las soluciones*

Por último, y vinculado con el punto anterior, buena parte de la eficacia en la defensa constitucional de los derechos sociales por parte de los jueces constitucionales radica en la innovación y la creatividad de los jueces y magistrados a la hora de vigilar y controlar el cumplimiento de las órdenes dictadas a las autoridades para la satisfacción de los derechos sociales. De los casos de desplazamiento y de salud, por ejemplo, ha surgido la exigencia de avanzar en la generación de estudios de indicadores de cumplimiento de los derechos sociales, económicos y culturales. En otras ocasiones, en materia de derechos de minorías étnicas, la creatividad de las medidas de la Corte Constitucional ha llevado a modificar el procedimiento de trámite legislativo de iniciativas que pueden afectar directamente los derechos de las culturas ancestrales. En aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana ha reconocido como derecho fundamental innominado el derecho colectivo en cabeza de las comunidades indígenas y afro-descendientes a ser consultadas previamente sobre proyectos de ley que versan sobre materias cuya regulación podría desconocer los derechos fundamentales de la comunidad, como por ejemplo la exploración minera, el código forestal, la regulación de tierras, etcétera.

En conclusión, los elementos sociales e institucionales mencionados han acabado por favorecer el crecimiento del litigio constitucional a favor de los derechos sociales, lo que ha resultado en una progresiva apropiación de la constitución por los grupos sociales más activos y mejor organizados, lo que hace un contrapeso a los poderes administrativo y financiero, y contribuye a ampliar la credibilidad en el derecho como medio de regulación y tramitación del conflicto social.

### III. REFLEXIONES SOBRE UN FUTURO CAMINO POSIBLE: UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINOAMERICANUM* EN CLAVE DE DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

El recorrido que hemos hecho desde los orígenes históricos de los derechos sociales fundamentales hasta el presente de su protección constitucional en los Estados contemporáneos nos permite asegurar que los jueces constitucionales pueden contribuir en forma importante a la realización de estos derechos y a la construcción del Estado social de derecho. Con miras al cumplimiento adecuado de esta tarea, es necesaria la elaboración de una

dogmática de la vulneración de los derechos sociales fundamentales que oriente y guíe a los operadores jurídicos en el ejercicio de sus funciones constitucionales. Algunos lineamientos centrales de la referida dogmática se relacionan con el rechazo a la identificación de los derechos sociales fundamentales como meras políticas públicas o derechos de desarrollo progresivo a nivel legal y reglamentario, carentes de exigibilidad inmediata. Por el contrario, en el presente escrito se ha defendido la posibilidad de verificar objetiva y razonablemente la vulneración de derechos de prestación positiva de rango constitucional, y ello en directa respuesta a las múltiples objeciones elevadas por eminentes teóricos en contra del reconocimiento judicial de los derechos sociales fundamentales. La complejidad del tema y la indeterminación que afecta a esta clase de derechos a nivel constitucional pueden y deben ser abordados y resueltos mediante una teorización suficientemente desarrollada para responder a los grandes desafíos de construir una sociedad más justa y digna para todos.

A la perspectiva teórico-conceptual deben sumarse las perspectivas histórica, cultural y política. La garantía efectiva de los derechos sociales fundamentales no depende exclusivamente —aunque sí de forma importante— del aseguramiento iusconstitucional de estos derechos. La experiencia de Argentina en materia de derecho a la salud, cuya prestación está confiada a los sindicatos, por ejemplo, muestra lo complejo que puede ser garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos sociales fundamentales, en este caso por particulares a quienes se encarga la prestación del servicio público. Por su parte, la reciente entrada en vigor de la reforma constitucional en México, en la cual se incorporan los tratados internacionales de derechos humanos a la Constitución, muestra la expansión del proceso de constitucionalización de los derechos humanos en el continente. Como se puede apreciar, la estrecha relación entre derechos sociales, económicos y culturales plantea nuevos desafíos a la coordinación e integración de sistemas jurídicos supranacionales. La jurisprudencia comparada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece un buen y creciente material en dicha dirección, sobre todo en materia de protección a niños desamparados y a comunidades étnicas minoritarias.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.



- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- CIFUENTES, Eduardo, “El constitucionalismo de la pobreza”, *Revista jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 4, núm. 2, 1995.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLIV, núm. 131, mayo-agosto de 2011.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
- , *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999.
- HERRERA, Carlos Miguel, *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del derecho núm. 24.
- , *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del derecho núm. 52.
- KANT, Immanuel, “Teoría y práctica. En torno al tópico: eso vale en la teoría pero no sirve de nada en la práctica”, en *id.*, *¿Qué es la ilustración?*, Madrid, Alianza Editorial, 2004.
- Nussbaum, Martha, *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública*, Barcelona, Ed. Convenio Andrés Bello, 1997.
- PETTIT, Philip, *Republicanism. Una teoría sobre la liberad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 2004.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- RAWLS, John, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales”, *La Ley*, LXXIII, núm. 35, 19 de febrero de 2009.
- SCANLON, Thomas, “Preference and urgency”, *The Journal of Philosophy* 19, 1975.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1934.

SEN, Amartya, *Economía del bienestar y dos aproximaciones a los derechos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, Estudios de Filosofía y Derecho núm. 2.

———, “Positional objectivity”, *Philosophy & Public Affairs* 22, 1993.

SHUE, Henry, *Basic Rights*, Princeton, 1980.

———, “The Interdependence of Duties”, en ALSTON, P. y TOMASEVSKI, K. (eds.), *The Right to Food*, Nijhoff, 1984.

TUGENDHAT, Ernst, *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997.

VON HAYEK, Friedrich, *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza, 1974.

YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra, 2000.