

¿INDEPENDENCIA O CONTROL? LOS DERECHOS SOCIALES Y LOS ESFUERZOS DEL EJECUTIVO POR EL CONTROL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ
Centro de Estudios Políticos y Sociales, Valencia

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA CONSTITUCIÓN DE 1991 Y LA INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS CONSTITUCIONALES.—3. LA CONTRAPOSICIÓN DE LA DEFINICIÓN DEL ESTADO COMO «ESTADO SOCIAL DE DERECHO» CON LAS POLÍTICAS ECONÓMICAS Y EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES.—4. EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEGRADADO DE LOS DERECHOS SOCIALES: 4.1. *La aplicabilidad directa de los derechos*. 4.2. *Las garantías jurisdiccionales*.—5. RECONOCIMIENTO DE LA «FUNDAMENTALIDAD», «PROGRESIVIDAD» Y LA «EFICACIA FRENTE A TERCEROS» DE LOS DERECHOS SOCIALES POR VÍA JURISPRUDENCIAL. LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: 5.1. *Creación de la Corte Constitucional y «activismo jurisprudencial»*. 5.2. *El reconocimiento jurisprudencial de la progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. 5.3. *La protección de los derechos sociales frente a terceros particulares en la Constitución colombiana*.—6. LOS ESFUERZOS DEL EJECUTIVO POR EL CONTROL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

RESUMEN

Desde su creación en 1992, la Corte Constitucional colombiana, compuesta mayoritariamente por magistrados de perfil claramente progresista, ha sido una auténtica «piedra en el zapato» para el Ejecutivo y sus políticas de corte neoliberal. La Corte ha declarado en múltiples ocasiones la inconstitucionalidad de un gran número de

leyes y actos legales del Ejecutivo y su anulación, así como obligado a la Administración a garantizar los derechos sociales de determinados sectores de la sociedad, lo que ha implicado una activa intervención de la Corte en las políticas económicas del Estado. Ello ha despertado el enfado del gobierno que ha llegado a impulsar algunos intentos de reforma constitucional para eliminar la Corte o vaciarla de funciones. El último de estos episodios, lo encontramos en los esfuerzos del Ejecutivo por lograr la recomposición de la Corte con magistrados conservadores y de su confianza. Finalmente, parece, como veremos en este trabajo, que en esta última legislatura 2006-2010 el Presidente Uribe podrá conseguir su objetivo.

Palabras clave: Corte Constitucional, derechos sociales, activismo jurisprudencial.

ABSTRACT

Since its creation in 1992, the Colombian Constitutional Court, composed mostly of clearly progressive profile judges, has been a real «stone in the shoe» for the Executive and its neo-liberal policies. The Court has, on many occasions, stated unconstitutional many laws and legal acts of the executive power and its cancellation, and forced the Administration to ensure the social rights of certain sectors of society, which has involved an active intervention of the Court in the economic policies of the State. This has aroused the anger of the government, that has tried, several times, to push for constitutional reform to eliminate the Court or deprive it of its functions. The last of these episodes, we find in the efforts of the Executive towards the recomposition of the Court with conservative judges of its confidence. Finally, it looks, like we will see in this work, in this last presidential period 2006-2010 President Uribe will be able to achieve his goal.

Key words: Constitutional Court, social rights, judicial activism.

1. INTRODUCCIÓN

Con el debilitamiento y desaparición de la escena política, durante los años noventa, de muchos de los actores políticos de izquierda presentes en la Asamblea Constituyente colombiana de 1991 (1), las fuerzas conservadoras

(1) La Asamblea Constituyente colombiana estaba formada por 70 asambleístas de los cuales 19 eran de Alianza Democrática-Movimiento 19 de abril (AD-M19), partido político surgido del grupo guerrillero M-19 después del proceso de paz, dos provenían de Unión Patriótica, partido de izquierda cuyos líderes fueron posteriormente asesinados por los grupos paramilitares, dos representaban a estudiantes, dos a comunidades indígenas, y otros dos a

pasaron a dominar el Congreso y la escena electoral, ya desde 1992. Las políticas económicas del gobierno colombiano desde esa fecha han sido claramente neoliberales, basadas en políticas neoliberales y de privatización de empresas públicas. Estas políticas han implicado en muchas ocasiones, una clara vulneración de los derechos sociales de los ciudadanos.

Frente a este dismantelamiento de los derechos sociales por parte del Ejecutivo conservador, la Corte Constitucional, creada con la Constitución de 1991 y de composición claramente progresista, ha sido la principal institución de defensa activa de los derechos sociales. Mediante las amplias competencias que la Constitución le otorga, la Corte ha declarado en múltiples ocasiones la inconstitucionalidad y anulado un gran número de leyes y actos legales del Ejecutivo, así como obligado a la Administración a garantizar los derechos sociales de determinados sectores de la sociedad. Ello ha implicado una activa intervención de la Corte en las políticas económicas del Estado.

Tal comportamiento de la Corte Constitucional ha despertado las simpatías de muchos académicos de izquierda y movimientos sociales, pero en cambio, las críticas de los sectores económicos y de gobierno que han, incluso, llegado a protagonizar algún intento de reforma constitucional para eliminar la Corte o vaciarla de funciones. El último de estos episodios, lo encontramos en los esfuerzos del Ejecutivo por lograr la recomposición de la Corte con magistrados conservadores. Durante el mandato 2006-2010, los tres magistrados de la Corte, cuya designación corresponde al Presidente, terminan mandato y el Presidente Uribe va a reintegrar la corte con jueces conservadores. En 2007 ya fue sustituido el primero de ellos, Álvaro Tafur. En su lugar el Presidente Uribe nombró a Mauricio González Cuervo, hasta entonces Secretario jurídico de la Presidencia de la República, causando un gran escándalo. Los otros dos magistrados de la terna del Presidente terminan su mandato entre diciembre de 2008 y mayo de 2009, con lo cual serán también sustituidos por nuevos magistrados nombrados por Uribe. Todo ello ha abierto de nuevo el debate en torno a la independencia o control de la Corte Constitucional en Colombia.

cristianos no-católicos. Por tanto, más del 40 por 100 de los asambleístas no pertenecían a los partidos liberales y conservadores [ver: J. BUENAHORA (1992)].

2. LA CONSTITUCIÓN DE 1991 Y LA INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS CONSTITUCIONALES

Con anterioridad a la Constitución de 1991, el reconocimiento constitucional de los derechos sociales era casi inexistente en Colombia. La Constitución de 1886 tenía una corta declaración de derechos, que casi no incluía ningún derecho social y económico como una regla legal con fuerza normativa.

Además, la Corte Suprema de Justicia, que antes de que la Constitución del 1991 creara la Corte Constitucional, era la encargada de ejercer el control de constitucionalidad, entendía que su función debía consistir más en la resolución de conflictos entre las instituciones del Estado, que en la justiciaabilidad de los derechos, especialmente de los derechos sociales.

Por tanto, fue la Constitución de 1991, vigente en la actualidad, la que constitucionalizó en Colombia los derechos sociales y la que rompió con la vieja idea, en el país, de que los derechos sociales no pueden aparecer en las Constituciones.

El articulado de la actual Constitución referido a los derechos proviene del proyecto de consenso de la comisión primera de la Asamblea Constituyente de 1991, titulado: «Proyecto de una nueva Carta de derechos, deberes, garantías y libertades». La Carta de derechos se convirtió ya desde los inicios de su discusión en el principal centro de atención del nuevo texto constitucional. En un país con elevados niveles de violencia y pobreza, una de las primeras expectativas que la gente de la calle tenía con respeto a la nueva Constitución era la protección de los derechos. Y, de hecho, la importancia que la Carta de derechos ha acabado teniendo ha sido destacada por muchísimos autores, llegando a ser considerada, por éstos, como el centro axiológico de la Constitución, ello significa que debe leerse como el núcleo criteriológico de interpretación y aplicación de la Constitución. Así lo pone de manifiesto el preámbulo y los artículos 1, 2, 5, 86 y 94 (2). El nudo normativo formado por estas seis reglas, señalan los citados autores, muestra cómo la Carta de derechos no es sólo un listado de derechos, sino también un conjun-

(2) El preámbulo es el artículo 0 o la norma fundamental de la norma fundamental, toda vez que recoge los postulados filosóficos que informan el régimen político y lo sujetan a derecho en una perspectiva «democrática» moderna. El artículo 1 define Colombia como un Estado social de derecho. El artículo 2 enuncia los fines del Estado y la doble misión de las autoridades. El artículo 5 establece la primacía de los derechos humanos. El artículo 86 crea la acción de tutela de los derechos fundamentales. Y el artículo 94 dispone la aplicación analógica o extensiva de las normas sobre derechos y garantías de las personas. (H. VALENCIA VILLA, «Los Derechos humanos en la Constitución del 91», en J. DUGAS (1993): 212.

to de criterios para interpretar y aplicar el resto del articulado constitucional (3).

Utilizando el tan criticado criterio histórico de clasificación de los derechos en generaciones (4) establecido por K. Vasak en 1979, podemos decir que el texto constitucional recoge las llamadas tres generaciones de derechos. La primera generación de derechos individuales, civiles y políticos (Capítulo I, de art. 11 al 41). La segunda generación de derechos sociales, económicos y culturales (Capítulo II, de art. 42 al 77). Y, la tercera generación de derechos colectivos (Capítulo III, de art. 78 al 82). Adicionalmente, se incluyen los mecanismos de protección y aplicación de los derechos (Capítulo IV, de art. 83 a 94), y los deberes y obligaciones de los y las colombianas y habitantes del territorio (Capítulo V o art. 95). En consecuencia, es la Constitución de 1991 la que constitucionaliza los derechos sociales en el país.

3. LA CONTRAPOSICIÓN DE LA DEFINICIÓN DEL ESTADO COMO «ESTADO SOCIAL DE DERECHO» CON LAS POLÍTICAS ECONÓMICAS Y EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

El artículo 1 de la Constitución define al Estado como «social de derecho», expresión con la que se delimita su naturaleza y que coloca al Estado en una relación intrínseca con la noción de «social». Generalmente, la definición de un Estado como social ha implicado que el fin social impregna todo el articulado constitucional, el cual debe interpretarse en armonía con este fin. Y de hecho, de conformidad con esto, en el caso del texto constitucional colombiano, la naturaleza social del Estado se transversaliza a lo largo del texto (5).

(3) *Ibid.*, pág. 213.

(4) Para una crítica a la tesis de las generaciones de derechos, ver: G. PISARELLO (2007): 19-37.

(5) Veamos algunos ejemplos:

De acuerdo con los artículos 298 y 311, la división territorial que se ha previsto en la Constitución tiene como fin el de facilitar el «desarrollo económico y social» del respectivo territorio.

El artículo 306 establece que el objetivo principal de las regiones es el «desarrollo económico y social» del respectivo territorio.

El artículo 333 afirma que la ley limitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el «interés social», el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

El artículo 336 prohíbe el establecimiento de ningún monopolio a excepción de que sea con arbitrio rentístico, con una finalidad de «interés público o social» y en virtud de la ley.

El artículo 357 afirma que los municipios participarán en los ingresos corrientes de la Nación y que la ley deberá definir el porcentaje mínimo que habrá de gastarse en «inversión social», así como las prioridades.

En consecuencia, como puede observarse a primera vista, lo social y el interés general parecen sustentar toda la construcción constitucional, puesto que no sólo son principios fundamentales, sino que, en última instancia, aparecen como la finalidad de todas las instituciones del Poder público central y descentralizado creadas en la Constitución (6).

Sin embargo, estas previsiones sociales nunca se han desarrollado plenamente en la práctica en Colombia, las causas de ello podemos ubicarlas en la contradicción existente entre la definición del Estado como «social», por un lado, y las políticas económicas neoliberales desarrolladas, especialmente a partir de 1994, y el tratamiento constitucional degradado de los derechos sociales, por otro lado. ¿Puede desarrollarse un Estado social sin políticas públicas ni protección de los derechos sociales?

El acceso a los derechos sociales requiere de tres elementos: protección jurídica y justiciabilidad de los derechos sociales, políticas sociales y la inexistencia de grupos de situación de vulnerabilidad con dificultades económicas, intelectuales, socio-culturales, de información, etc., que les imposibiliten reclamar sus derechos (7). Ninguno de estos elementos se da en Colombia.

En cuanto a la primera causa de la contradicción, las políticas económicas neoliberales, con la asunción, a partir de 1992, del dominio del Congreso y la escena electoral por parte de las fuerzas conservadoras, éstas han mostrado objeciones permanentes en desarrollar el modelo de Estado social previsto en la Constitución. Al contrario, las políticas económicas del gobierno colombiano desde esa fecha han sido claramente neoliberales, basadas en políticas neoliberales y de privatización de empresas públicas, y por tanto, opuestas a las pretensiones constitucionales de redistribución del bienestar. Estas políticas implican una clara vulneración de los derechos sociales. Y, ¿cómo es posible que el Estado pueda vulnerar los derechos sociales sin que sus normas sean declaradas inconstitucionales?, pues su explicación está es-

El artículo 365 establece que los servicios públicos son inherentes a la «finalidad social» del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

El artículo 366 dice que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son «finalidades sociales» del Estado. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el «gasto público social» tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

El artículo 368 otorga la posibilidad a la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas, de conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.

(6) A. TORO LOPERA (1993): 92-93.

(7) M. DALY (2002): 31-32.

trechamente relacionada con la segunda causa de la contradicción a la que hacia referencia, el tratamiento constitucional degradado de los derechos sociales.

4. EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEGRADADO DE LOS DERECHOS SOCIALES

En primer lugar hay que mencionar que aunque la Constitución colombiana de 1991 incorpora todos los derechos sociales clásicos, el tratamiento que de ellos hace queda todavía muy lejos del tratamiento que de los mismos harán las próximas Constituciones en Ecuador (1998 y 2008), Venezuela (1999) y el proyecto constitucional de Bolivia (2007) (8).

Dentro de su Título II «De los derechos, las garantías y los deberes», la Constitución colombiana recoge a los derechos civiles y políticos en el Capítulo I «De los derechos fundamentales», y en cambio, recoge a los derechos sociales en un capítulo separado, el II «De los derechos sociales, económicos y culturales», con lo cual, a diferencia de los primeros, a los que se otorga «fundamentalidad», estos segundos son considerados como «no-fundamentales». Esta diferencia es importante, por dos cuestiones:

1. En primer lugar porque denota un posicionamiento ideológico claramente neoliberal de la Constitución. Una Constitución no es una norma neutral, en el sentido de instaurar normas y procedimientos que puedan orientarse a cualquier fin, sino que todo texto constitucional se inscribe en una ideología concreta que se refleja en su contenido. Se llama «Fundamentales» a determinados derechos con el objeto de destacar su importancia decisiva en relación con los otros, se entiende que si a unos derechos se les califica de fundamentales y a otros no, es por el carácter relevante que se quiere otorgar a los bienes e intereses que los primeros protegen, los cuales se constituyen como fundamento del resto del ordenamiento jurídico.

(8) En materia de salud por ejemplo, una vez anunciada la universalidad de este servicio, el texto constitucional colombiano relativiza el mismo mencionando la posibilidad de «términos» para acceder a dicho servicio (art. 49. «*La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita*»), e incluso menciona la posibilidad de situaciones de no cobertura (art. 50. «*Todo niño de menos de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o seguridad social...*»). O, en materia de seguridad social, si bien la Constitución generaliza el sistema de seguridad social, lo hace de manera limitada ya que introduce también una libre habilitación legislativa, la cláusula de progresividad (art. 57. «*La protección del seguro general obligatorio se extenderá progresivamente*») y no concreta las variedades previsorias.

En este sentido, al definir los derechos individuales como fundamentales y los derechos sociales como no-fundamentales, la Constitución colombiana está ubicando a los derechos individuales como derechos absolutos e inalienables que no pueden ser vulnerados por los poderes públicos ni los particulares, y a los derechos sociales como simples instrumentos funcionales para corregir las disfunciones de la antinomia libertad-igualdad (9), pero sin constituir, en ningún momento, un aspecto problemático para los primeros.

2. Y, en segundo lugar, porque derivado de la calificación de los derechos individuales como derechos fundamentales y de los derechos sociales como no fundamentales, se desprenden grados distintos de protección para cada uno de estos grupos de derechos. No son las garantías que se asignan a un derecho lo que determina su carácter de fundamental o no, sino que es a la inversa (10). En los ordenamientos jurídicos actuales, el solo reconocimiento de unos derechos como Fundamental comporta la atribución de un conjunto de garantías que los otros derechos no tienen, como el principio de aplicación directa de los derechos u otros mecanismos jurisdiccionales.

4.1. *La aplicabilidad directa de los derechos*

Como señaló la Corte Constitucional (11), la aplicabilidad directa de los derechos implica que éstos sean directamente exigibles por vía judicial por parte de los interesados en casos concretos, independientemente de si existe o no legislación que los desarrolle. Su objetivo es evitar el llamado fenómeno de la «legislación negativa», esto es, que la falta de desarrollo legislativo de un derecho impida su aplicación. Todo derecho directamente aplicable puede, aunque no haya sido desarrollado legislativamente, ejercerse contra el Estado o particulares solicitándoles que cumplan su obligación de respetarlo, protegerlo o hacerlo efectivo. La exigencia de respeto puede tener lugar cuando a raíz de una acción positiva del Estado o un particular, ya sea una actuación normativa o una actuación de hecho, el derecho en cuestión es vulnerado. Y la exigencia de protección y efectividad puede tener lugar ante omisiones del Estado o los particulares, solicitándoles que cumplan su obligación de adoptar medidas para hacer efectivo el derecho.

(9) U. CERRONI (1965): 170-173.

(10) G. PISARELLO (2007): 81.

(11) Corte Constitucional, Sentencia T-402/92, MP. Eduardo Cifuentes y Sentencia T-294/94, MP. Alejandro Martínez, entre otras.

En el caso de la Constitución colombiana, el artículo 85 establece la aplicación inmediata de los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40, esto es casi todos los del Capítulo I de la Carta de derechos, es decir, los Derechos fundamentales (12), quedando excluidos de este principio los derechos sociales ubicados en el capítulo II. A diferencia de los derechos fundamentales o de aplicación directa, los derechos sociales son en la Constitución colombiana, derechos de libre configuración legislativa, esto es, que su realización depende de lo que el legislador de turno decida hacer o no hacer con ellos, sin que puedan imponérsele mayores límites o vínculos al respecto.

Además, aparte de las citadas consecuencias derivadas del carácter de aplicación inmediata de un derecho, como elementos auxiliares el principio de aplicación inmediata tiene también otros efectos en la práctica jurisprudencial. En algunos casos, la concurrencia del carácter de aplicación inmediata ha fortalecido las razones por las cuales se ha tutelado un derecho (13). También la condición de derechos de aplicación inmediata ha dado mayor sustento a la afirmación de la obligación de los particulares de respetar los derechos de los demás (14).

Por tanto, los derechos sociales se configuran en este aspecto como derechos «de segunda» en relación a la mayoría de derechos civiles y políticos.

4.2. *Las garantías jurisdiccionales*

En cuanto a los mecanismos de protección de los derechos que la Constitución establece, encontramos los llamados mecanismos específicos, que son los recursos concretos que permiten a los particulares, en tanto titulares de los derechos, oponerse a la arbitrariedad o pasividad de las autoridades y promover el reconocimiento y la efectividad de las garantías ciudadanas, sin dilaciones y sin intermediarios (15). Los dispositivos de protección específi-

(12) Tan sólo unos pocos Derechos Fundamentales (los recogidos en los arts. 22, 25, 32, 35, 36, 38, 39, 41) no son de aplicación inmediata, mientras que todos los derechos de aplicación inmediata son Derechos de carácter fundamental.

(13) Corte Constitucional, Sentencia T-533/93, MP. Eduardo Cifuentes y T-174/94, MP. Alejandro Martínez.

(14) Corte Constitucional, Sentencia C-587/92, MP. Ciro Angarita.

(15) Conjuntamente con los denominados mecanismos específicos están también los llamados mecanismos generales, que son aquellas instituciones o disposiciones que amplían el campo de las libertades o que apoyan su ejercicio de modo indirecto o mediato, a través de la participación o de la vigilancia de la comunidad o de algunas instancias de control. Estos me-

cos son cuatro: la acción de tutela (art. 86), la acción de cumplimiento (art. 87), las acciones colectivas (art. 88) y la acción de inconstitucionalidad (art. 241 y 242). Veremos, a continuación, cómo en la Constitución colombiana los derechos civiles y políticos son derechos de protección fortalecida y los derechos sociales, derechos de protección debilitada.

La Acción de tutela

La Acción de tutela, reconocida en el artículo 86 de la Constitución y desarrollada por el Decreto Ley 2591 de 1991 (16) y el Decreto Reglamentario 306 de 1992, que precisa el Decreto Ley, es la acción principal de protección de los derechos en Colombia (17). Esta acción permite que la Corte Constitu-

canismos son concretamente seis: la consagración constitucional de los derechos, la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos (art. 93), la aplicación absoluta del derecho internacional humanitario en los estados de excepción (arts. 212-215), los organismos de control con funciones en materia de derechos (la Procuraduría General de la Nación —art. 275-280— y la defensoría del Pueblo —arts. 281-283—), el sistema de control constitucional (arts. 239-245) y los mecanismos de participación popular del art. 103 [H. VALENCIA VILLA (1993): 216].

(16) Este Decreto fue expedido por el Presidente César Gaviria en ejercicio de las facultades transitorias que para el efecto le confirió la Asamblea Constituyente con el fin de agilizar el desarrollo de la Constitución en materia de control constitucional. Su modificación requiere una ley estatutaria (art. 152 Constitución).

(17) La acción de tutela es un mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales, con lo cual sólo opera cuando no exista otra acción judicial mediante la cual proteger el derecho en peligro o afectado. Sin embargo, la acción de tutela puede, también presentarse de manera directa, y no subsidiaria, cuando se busque evitar un perjuicio irremediable. Ésta se interpone ante el juez de primera instancia, la decisión del cual puede ser impugnada. En todos los casos el fallo de la segunda instancia del superior jerárquico respectivo debe ser enviado a la Corte Constitucional para su revisión eventual. La revisión no es propiamente un recurso ni está orientada a corregir las equivocaciones que se hayan podido cometer en el trámite del caso, ni ella entraña el rigor del recurso ordinario de revisión. La revisión eventual tiene más bien una justificación de interés general, puesto que se trata del cumplimiento de la función de guardar la integridad y la supremacía de la Constitución que ella misma le encarga a la Corte.

La Corte Constitucional ha desarrollado los siguientes criterios que orientan la selección de las sentencias con el objeto de ser revisadas: cuando existan dudas sobre el carácter fundamental de un derecho, cuando se trate de la flagrante violación de un derecho no tutelado en la debida forma por los jueces de instancia, cuando se trate de fallos que contraríen la jurisprudencia de la Corte, cuando se hayan cometido notorios errores de derecho por parte de los jueces, cuando se trate de temas de gran impacto público o en los que pueda resultar afectado un número plural de personas, y cuando sea necesaria la labor de interpretación unificadora de la jurisprudencia por parte de la Corte [C. BOTERO (1995): 76].

cional a través de sus atribuciones constitucionales de revisión tenga la facultad de tutela de derechos fundamentales, cuando por actos u omisiones de las autoridades públicas, incluidas las autoridades judiciales (18), o de los particulares que cumplan funciones públicas (19) se atente contra los mismos.

Los rasgos característicos de la tutela son: su accesibilidad (20), su celeridad (21) y su eficacia (22) (23) Por tanto, no cabe duda, que el procedi-

(18) El artículo 86 de la Constitución no distingue entre tipos de autoridades públicas y el Decreto Ley 2591/91 reguló expresamente la posibilidad de presentar tutela contra sentencias en sus artículos 11, 12 y 40. A pesar de que en 1992 la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de estos artículos del Decreto (Sentencia C-543/92 MP. José Gregorio Hernández Galindo), la propia Corte continúa hoy aceptando la procedencia de la tutela contra autos y sentencias, aun ejecutoriadas, cuando la violación del derecho es tan notoria que es razonable concluir que se produjo una «vía de hecho» judicial. La Sentencia T-494/95 (MP. Fabio Morón), la SU-477/97 (MP. Jorge Arango) y la SU-478/97 (MP. Alejandro Martínez Caballero) son ejemplos de tutela en las que se produjo una «vía de hecho judicial» [M. J. CEPEDA (1999): 118-119].

(19) Los casos en que puede interponerse acción de tutela contra particulares fueron concretados en el artículo 42 del Decreto Ley 2591/91, pero la Corte Constitucional consideró que dicho artículo limitaba los alcances de la tutela contra particulares y estableció que partes del mismo eran inconstitucionales (Sentencia C-134/94. MP. Vladimiro Naranjo Mesa). Para un análisis de lo que los fallos de tutela contra las distintas variantes de poder privado (económico, físico, territorial, informativo, informático, educativo, familiar y religioso) han significado desde el punto de vista de construcción de sociedad civil y redistribución de poder social, ver M. J. CEPEDA (1998): 71-97.

(20) Toda persona por sí misma o confiriendo poder a un otra (Sentencia T-044/96, MP. Antonio Barrera Carbonell), en cualquier día del año y a toda hora del día (Decreto 2591 de 1991, arts. 1 y 10), así como en todo lugar (Decreto 2591 de 1991, art. 37), puede hacer uso de la tutela, lo cual hace titulares de la misma no sólo a los ciudadanos sino también a los menores de edad (Sentencia T-341 de 1993, MP. José Gregorio Hernández) y a los extranjeros (Decreto 2591 de 1991, arts. 10 y 46 a 51; y Sentencia T-596 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes).

(21) Debido a su naturaleza de media cautelar o preventiva de protección de derechos, con lo cual converge su función de reestablecimiento rápido de los derechos desconocidos, su trámite se caracteriza por ser preferente y sumario, en ningún caso la sentencia de tutela podrá adoptarse después de transcurridos 10 días contados a partir de cuando se presentó la solicitud, y la decisión con que concluye por ser de carácter inmediato.

(22) La protección inmediata de los derechos que puede derivarse de la tutela se traduce en dos tipos de medidas: una, la posibilidad que tiene el juez de adoptar medidas provisionales desde la presentación de la solicitud de tutela, tales como la suspensión de la aplicación del acto, y en general todo aquello que considere conducente al objetivo de la protección del derecho, y, dos, puede también el juez proceder al restablecimiento inmediato del derecho y a ordenar su tutela, prescindiendo de consideraciones formales y de averiguaciones adicionales, si de las pruebas que posee se puede deducir una grave violación del derecho o que se encuentre ante una amenaza inminente. El plazo máximo para el cumplimiento de la sentencia de tutela no podrá exceder de 48 horas desde su adopción.

(23) Para un estudio más detallado de la acción de tutela véase: M. BARRETO y L. SARMIENTO (1997): 389-402.

miento de tutela ayuda a acercar la administración de justicia a los más desfavorecidos. Se trata del procedimiento judicial realmente más accesible para los excluidos del sistema en cuanto es gratuito, informal, rápido y no requiere abogado. Sin embargo, el artículo 86 de Constitución (24) restringe las causas por las cuales se puede interponer la tutela a la protección de los derechos fundamentales contenidos en el Capítulo I, pero no, en cambio, para el caso de la protección ante vulneración o amenaza de vulneración de un derecho social. Las personas no pueden usar la Acción de tutela para proteger sus derechos sociales, lo que convierte a estos derechos en derechos de protección o de justiciabilidad debilitada, frente a los civiles y políticos que se conforman como derechos de protección o justiciabilidad fortalecida. La importancia que un ordenamiento jurídico da a los diferentes grupos de derechos viene determinada por las obligaciones que estos derechos generan para el Estado y los particulares, así como por el tipo de mecanismos de que disponen los ciudadanos para exigir el cumplimiento de tales obligaciones con respecto a sus derechos.

En la práctica luego veremos cómo la composición progresista de la Corte Constitucional colombiana ha permitido que mediante el uso de la estrategia de recontextualizar la violación de derechos sociales en violaciones de derechos civiles cuya justiciabilidad no está en duda, se haya admitido a trámite la tutela de derechos sociales, pero de lo que se desprende literalmente del texto constitucional ello no sería posible.

La Acción de cumplimiento

El artículo 87 de la Constitución regula la acción de cumplimiento. Esta acción, que puede interponerse por todas las personas, incluso los menores, opera frente a la omisión de una ley o acto administrativo por parte de una autoridad que de lugar a la vulneración de un derecho. En ocasiones, las limitaciones en la efectividad de los derechos sociales no derivan sólo de la falta de normas sino de su falta de aplicación, del incumplimiento de la ley. Un ejemplo claro de ello, fue el caso de la acción judicial interpuesta por la señora Gina Calanzo Zapata y otros 120 docentes contra la Secretaria de

(24) Constitución de Colombia, art. 86: «toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúa a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...)».

Educación de la Alcaldía Mayor de Bogotá. A través de la Resolución 1765 de 7 de octubre de 1991, dictada por la Alcaldía Mayor, se efectuó el nombramiento de 246 docentes a cargo del Programa Ciudad Bolívar. El artículo 2 de la Resolución ordenaba al Secretario de Educación posesionar a los referidos docentes una vez hubieran acreditado los requisitos establecidos por la ley para acceder al cargo (25). Sin embargo, una vez acreditados los requisitos, los accionantes solicitaron al Secretario de educación que los posesionara, petición que no fue atendida, decisión contra la cual los docentes interpusieron la acción judicial. La Corte Constitucional ordenó el cumplimiento de la Resolución 1765/91, debido a que su falta de acatamiento había originado la vulneración del derecho al trabajo de los docentes (26).

No obstante, aunque la Acción de cumplimiento podría conformarse como un elemento de especial importancia en la operativización de los derechos sociales, esto no ha sido muchas veces así en la práctica. En primer lugar, esta importancia quedó limitada en Colombia por el hecho de que la Acción de cumplimiento no pudo ser usada hasta el segundo semestre de 1997, la acción judicial acabada de mencionar interpuesta por los docentes, caso claro de Acción de cumplimiento, tuvo que efectivizarse mediante tutela por falta de reglamentación de la primera (27). Así como ocurrió con las Acciones populares, que veremos enseguida, la Acción de cumplimiento fue paralizada durante más de seis años luego de aprobada la Constitución (28), provocando que a pesar de considerarla una vía adecuada en casos de su co-

(25) Estos requisitos, exigidos por el Decreto 991 de 1974 que es el Estatuto que rige el personal del Distrito, y por el Decreto 2400 de 1968 que establece las normas generales de vinculación al sector oficial, eran: título docente, examen médico practicado por la Caja de Previsión Nacional, antecedentes disciplinarios y constancia de no vinculación como docentes a otros organismos.

(26) Corte Constitucional, Sentencia T-457/92, MP. Ciro Angarita.

(27) La ausencia de desarrollo legal de la Acción de cumplimiento llevó a tener que buscar medios alternativos para lograr el acatamiento por parte de las autoridades de las leyes y actos administrativos. El medio usado normalmente fue la Acción de tutela. Aunque en algunas ocasiones, la Corte Constitucional manifestó que frente al desconocimiento de disposiciones jurídicas de naturaleza general no es procedente la Acción de tutela (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-321/93, MP. Carlos Gaviria), esto es correcto pero sólo parcialmente, ya que en otras ocasiones, como el caso de la mencionada Sentencia T-457/92, la Corte había manifestado que si se puede demostrar que del incumplimiento de una norma general las autoridades causaron la violación de un derecho fundamental, sí es procedente la tutela. (M. BARRETO y L. SARMIENTO, «De los derechos, las garantías y los deberes», Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas, ob. cit., pág. 405).

(28) La Ley 99 de 1993, en sus artículos 77 a 82, creó una Acción de cumplimiento operante exclusivamente en asuntos ambientales, aunque nunca tuvo un uso importante.

nocimiento, los jueces se abstuvieron de darle trámite aduciendo la falta de desarrollo legal (29).

Y, en segundo lugar, el artículo 9, párrafo, de la Ley 393 de 1997, define como improcedente la Acción de incumplimiento cuando esté relacionada con normas que establezcan gasto (30), con lo cual la inhabilita para exigir el cumplimiento de aquellos derechos sociales prestacionales (31).

(29) Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-001/92, MP. Simón Rodríguez y T-321/93, MP. Carlos Gaviria.

(30) En 1993, la Corte Constitucional había manifestado que cuando se trate de hacer cumplir normas que impliquen gasto, la procedibilidad de la Acción de incumplimiento estaba condicionada a la existencia de la asignación presupuestal respectiva (Corte Constitucional, Sentencia T-382/93).

(31) Ante esta norma se han generado en el país dos tesis distintas: la tesis restrictiva y la tesis garantista. En primer lugar, la tesis restrictiva afirma que cualquier norma que afecte al presupuesto implica gastos y frente a ella será improcedente la Acción de incumplimiento. Esta tesis encuentra argumentos para sustentarse en la Sentencia C-157 de 1998 de la Corte Constitucional. En ejercicio de una Acción pública de inconstitucionalidad, un grupo de ciudadanos presentó demandas ante la Corte Constitucional contra varios artículos de la Ley 393 de 1997, entre ellos el artículo 9, párrafo. La sentencia C-157 de 1998 de la Corte declaró válido el párrafo mencionado, usando distintos argumentos: uno, que el juez, en la Acción de cumplimiento, no puede ordenar que un gasto no previsto en la ley se incorpore en el presupuesto, de hacerlo quebrantaría las normas constitucionales que consagran un sistema presupuestal y un orden de competencias y procedimientos. Y dos, que el juez de Acción de cumplimiento no puede dar órdenes de ejecución de gastos que estén previamente presupuestados [B. LONDOÑO (2003): 230-231]. Estos argumentos han servido para sustentar diversos casos como la Sentencia ACU-097 de diciembre de 1997, del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en la cual confirma la sentencia que denegó por improcedente la acción interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Santander, por Pablo Pedro López, incoada contra el rector de las Universidades Tecnológicas de Santander, mediante la cual se solicitaba el pago de sus cesantías parciales reconocidas mediante resolución núm. 02-052 de 14 de abril de 1997. Como argumento, el Consejo de Estado señaló que resultaba evidente que el reconocimiento de unas cesantías parciales implica un gasto para la entidad que tiene a su servicio el trabajador, con lo cual no era procedente la Acción de cumplimiento (Sentencias: ACU-120 de 1998, ACU-589 de enero de 1999).

En segundo lugar, la tesis garantista encontró su hito en la Sentencia ACU-095 de diciembre de 1997, pues fue el primer fallo que admitió la procedencia de la Acción de cumplimiento en temas de gasto público. En esta decisión, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, confirmó la providencia recurrida, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual accedió a la pretensión formulada mediante Acción de cumplimiento contra el gobernador del departamento de Sucre para exigirle, a cargo del departamento, el pago del 15 por 100 del sobresueldo que sobre la asignación básica tienen derecho a percibir ciertos profesores. Tanto el Consejo de Estado como el tribunal señalaron que la Administración no podía pretender, con base al párrafo del artículo 9, eludir el cumplimiento de una obligación impuesta por las normas jurídicas, la cual es un derecho de los maestros de enseñanza preescolar puesto que, aunque se trate de una obligación que im-

Las Acciones Colectivas: Acción popular y Acción de grupo

Uno de las principales dificultades para la justiciabilidad de los derechos sociales son los límites procesales e inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para proteger los derechos sociales. Los mecanismos tradicionales de justiciabilidad de los derechos fueron creados dentro del paradigma de los derechos de propiedad del siglo XIX, esto determina de manera clara la naturaleza de los mecanismos procesales para garantizar los derechos (32). Se trata de formas procesales que fueron desarrolladas pensando en juicios bilaterales o conflictos entre individuos privados. Ello provoca, por ejemplo, que sean mecanismos que no sirvan para tramitar demandas colectivas de protección de derechos sociales de grupos que comparten una situación similar y que son situaciones que requieren de un remedio colectivo. O que se trate de mecanismos procesales que exigen una gran cantidad de pruebas cuando las violaciones de derechos sociales, a menudo, requieren de urgente resolución. O que al estar pensados para conflictos entre privados presenten grandes limitaciones en la capacidad de los jueces para justiciar derechos contra las ramas políticas de gobierno (33).

Conjuntamente con la Constitución brasileña de 1988 que incluyó la Acción popular, el mandamiento de seguridad colectivo y la Acción Civil Pública, siendo vanguardista en la creación de nuevos instrumentos procesales capaces de superar la dificultad de inadecuación de los instrumentos procesales tradicionales para tramitar demandas colectivas de derechos sociales o proteger a colectividades con problemas comunes que requieren de un remedio colectivo (34); la Constitución colombiana de 1991 dio rango constitucional también, en su artículo 88 (35), a las llamadas Acciones Colectivas.

plique un gasto, está presupuestada y, al estarlo, se impone a la Administración el cumplimiento de la norma legal (Sentencias: ACU-127 de enero de 1998 y ACU-230 de abril de 1998). Como señaló el Consejo de Estado en la Sentencia ACU-552 de 25 de enero de 1999, abriendo un camino para una posible interpretación de artículo 9 de la Ley 393 de 1997, una vez elaborado un presupuesto o apropiado el gasto no puede usarse la excepción del artículo 9 para la no satisfacción de la «función social» para la cual están concebidos los presupuestos, de acuerdo con el artículo 366 de la Constitución. A partir de esta última sentencia, en la mayoría de las Acciones de cumplimiento interpuestas, se ha seguido esta línea, dando así cierta uniformidad a la jurisprudencia del Consejo de Estado, hasta entonces dispersa y contradictoria [B. LONDOÑO (2003): 230-239].

(32) Ver J. R. LÓPEZ (1994): 114-138.

(33) C. COURTIS (2006): 179.

(34) Ver L. R. BARROSO (1999) y D. SARMIENTO (2006).

(35) El artículo 88 de la Constitución colombiana afirma: «La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patri-

Del artículo 88 surgen los tres pilares básicos de protección de los derechos e intereses colectivos en el país: las acciones populares, las acciones de grupo y la responsabilidad objetiva en materia de derechos colectivos.

Las dos primeras, las acciones populares y las acciones de grupo, a las que me referiré, son desarrolladas por la Ley 472 de 1998.

Por medio de las acciones populares, cualquier individuo, persona jurídica, organización popular o cívica, así como aquellos funcionarios públicos que tienen a su cargo la defensa de los derechos e interés públicos (artículo 12 de la Ley 472/98), sin necesidad de abogado, puede defender ante los jueces aquellos intereses que le son comunes a una colectividad, obteniendo una pronta y efectiva protección judicial de sus derechos y de la comunidad afectada, más una suma de dinero a título de incentivo, con lo cual se estimula su intervención en la protección del interés colectivo (36). Por tanto, es una acción para defender derechos de un grupo de personas afectadas por una misma causa (37). La Ley 472 de 1998, en su artículo 4, concreta la amplia definición que el artículo 88 de la Constitución hace de los casos contra los que las acciones populares pueden actuar como un instrumento preventivo y remedial (38), señalando muchos relacionados con la protección de los derechos sociales, como la alteración en la calidad de los alimentos, los pro-

monio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella (...).

(36) G. Sarmiento define las Acciones populares de la siguiente manera: «son los remedios procesales colectivos frente a los agravios y perjuicios públicos. Mediante éstas, cualquier persona perteneciente a un grupo de la comunidad está legitimada procesalmente para defender al grupo afectado por unos hechos o conductas comunes, con lo cual, simultáneamente, protege su propio interés, obteniendo en ciertos casos, el beneficio adicional de la recompensa que, en determinados eventos, otorga la ley» [G. SARMIENTO (1992): 231].

(37) Las Acciones populares existían ya en la legislación colombiana desde la adopción del Código Civil de Bello en 1876 y se encuentran también en el Código Civil vigente, aunque las normas de procedimiento establecidas en el Código Civil para su trámite no son las más adecuadas, ya que están pensadas para dar solución a litigios en los que están en juego derechos de naturaleza individual.

(38) Según la Constitución las acciones populares pueden interponerse no sólo para la protección de derechos colectivos sino que se refieren también a lo que el constituyente denominó «intereses colectivos», por lo tanto no se necesita que lo amenazado o vulnerado haya sido calificado como derecho. Tampoco exige que los derechos e intereses a los que alude tengan rango constitucional, sino que simplemente tengan arraigo en alguna norma legal.

Además, el artículo no define tampoco de manera específica los derechos y los intereses que está protegiendo, sino que anuncia algunas materias con las que se relacionan los derechos e intereses colectivos como el espacio público y el ambiente, el patrimonio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa y la libre competencia económica, y deja abierta la posibilidad al legislador de poder ampliar estos ámbitos.

ductos médicos defectuosos, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, etc.

Las ventajas de estas acciones populares son innumerables, B. Londoño señala tres de principales (39):

La agilidad y eficacia en los procedimientos al permitir que en un solo litigio se puedan defender derechos de una multitud de colombianos y, sobre todo, se prevengan las vulneraciones cotidianas que generan tanta violencia.

El fortalecimiento de los grupos humanos al dar vía libre para que los sectores que se encuentran en circunstancias de mayor vulnerabilidad y desventaja económica, se ubiquen en condición de igualdad y puedan enfrentar jurídicamente con viabilidad y posibilidades de éxito a aquellos sectores más poderosos.

Y el hecho de que en las acciones populares el derecho de defensa no se fundamenta como en los procedimientos judiciales comunes, en una relación de igualdad entre las partes, sino que se parte de una conciencia de la situación de desigualdad que viene dada por las características de quienes vulneran los derechos e intereses colectivos, los grandes poderes económicos, y a la que el juez tiene que poner remedio reestableciendo el equilibrio procesal y manteniéndolo para poder defender el derecho o interés colectivo.

Conjuntamente con la acción popular, tenemos las acciones de grupo. ¿Cuál es la diferencia entre las acciones populares y las acciones de grupo? En el caso de la acción popular la sentencia que resuelve el caso podrá o no exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas a su estado anterior, o el pago de una suma de dinero pero cuyo montó estará destinado a la reparación del perjuicio colectivo ocasionado y no a cada uno de los miembros del grupo afectado. Por el contrario, en el caso de la acción de grupo, un grupo de personas afectadas por una vulneración semejante solicita el pago de una indemnización por perjuicios individuales que se les haya ocasionado. Su finalidad es siempre una compensación monetaria (40).

La Acción de inconstitucionalidad

Finalmente, los artículos 241 y 242 de la Constitución de Colombia otorgan la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda interponer acción de inconstitucionalidad solicitando la nulidad de aquellas normas legales dictadas por el legislador infraconstitucional que vulneren disposiciones o derechos

(39) B. LONDOÑO (2003): 38-39.

(40) B. LONDOÑO (2003): 40.

reconocidos en la Constitución (41). En Colombia la posibilidad de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional, por medio de acción de inconstitucionalidad, se combina con la facultad de cualquier juez, por medio de la acción de tutela, de desaplicar directamente en el caso concreto una ley que estime inconstitucional, conformándose por tanto un sistema mixto de control de constitucionalidad.

5. RECONOCIMIENTO DE LA «FUNDAMENTALIDAD», «PROGRESIVIDAD»
Y LA «EFICACIA FRENTE A TERCEROS» DE LOS DERECHOS SOCIALES POR
VÍA JURISPRUDENCIAL. LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA
Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

La noción de derecho fundamental surge a partir de la integración de los elementos moral y derecho. Todo derecho fundamental es, a la vez:

1. Una pretensión moral de justicia construida sobre los elementos que conforman la idea moderna de dignidad humana y realización integral de la persona en la vida social. En la cultura moderna influida por el pensamiento liberal, democrático, socialista, y posmaterialista (posmayo del 68) estos elementos son básicamente cuatro: no interferencia en la libertad; participación en el ejercicio del poder; prestación de servicios; y, reconocimiento de la identidad cultural, sexual, nacional, etc., y protección del medio ambiente. Elementos que aparecen en el fundamento de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales y colectivos (42); y

2. La recepción de esta pretensión moral de justicia en el derecho positivo. Una pretensión moral de justicia no deja de ser simplemente una pretensión sin poner a su servicio un sistema normativo, apoyado en el aparato coactivo del Estado que actúe contra aquellos que no consideren entre sus objetivos el respeto a los derechos. La dimensión jurídica no es un añadido a unos derechos que son autosuficientes sólo con su aspecto ético, sino que es un elemento inseparable para la misma existencia de éstos. Los derechos no

(41) Algunos autores han ubicado, salvando las diferencias, el antecedente de la acción de inconstitucionalidad en Colombia en la «acción ciudadana» de inconstitucionalidad instaurada por la Ley Orgánica de Administración y Régimen Municipal de 22 de junio de 1850 y que podía dirigirse contra las ordenanzas y acuerdos de las cámaras provinciales y cabildos parroquiales, constituyendo por tanto uno de los primeros antecedentes mundiales, aunque muy primitivo todavía, de esta acción previo a la Constitución austriaca de 1920 [ver J. BRAGE (2000): 60-61].

(42) Sobre la idea moderna de dignidad humana, ver G. PECES-BARBA (2004) y L. FERRAJOLI (2007): 72-73.

son derechos sin pertenecer al ordenamiento y poder así ser eficaces en la vida social, realizando la función que los justifica.

En consecuencia, será la integración de estos dos elementos, moral y derecho, la que creará la noción de derecho fundamental. El reconocimiento integral de la dignidad humana supone aceptar una moralidad que incluya los cuatro elementos axiológicos citados, y supone aceptar, también, que la eficacia social de estas pretensiones morales necesita de su incorporación al derecho positivo, en forma de derechos fundamentales, para garantizar la protección y justiciabilidad de los derechos de la dignidad humana. Al igual que la dignidad humana es indivisible los derechos fundamentales, es decir, los derechos civiles, políticos, sociales y colectivos, son también inseparables y exigen de un igual trato (43).

Llamaremos textos constitucionales de reconocimiento integral de los derechos fundamentales aquellas Constituciones que positivizan como derechos fundamentales los cuatro elementos axiológicos, es decir, que otorgan fundamentalidad a los derechos civiles, políticos, sociales y colectivos, en cambio, llamaremos textos constitucionales de negación parcial de los derechos fundamentales aquellas Constituciones que no otorgan fundamentalidad, a pesar de que puedan darles reconocimiento constitucional, a alguno de estos derechos. Un ejemplo de ello, como hemos visto hasta ahora, es la Constitución colombiana de 1991.

Sin embargo, en el caso colombiano nos encontramos con un fenómeno realmente curioso, que es el de que el tercero y el cuarto de los cuatro elementos conformadores de la idea moderna de dignidad humana a los que he hecho referencia, los cuales se encuentran en el fundamento de los derechos sociales y colectivos, no son incorporados al derecho positivo como «derechos fundamentales», por la Constitución, lo cual denota el carácter neoliberal de la misma, sino por la Corte Constitucional a través de un ejercicio de uso alternativo del derecho (44). Es la Corte Constitucional y no la Constitución la que ha otorgado la fundamentalidad a los derechos sociales y, por tanto, la que ha «actuado» y «re-valorizado» derechos «inactuados» o «degradados» por la Constitución. Los fallos T-002, 401, 406 y 426 de 1992 de la Corte Constitucional, acogieron la tesis de que es posible establecer la

(43) En este sentido, la declaración final de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, declara que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados (UN Do.A/CONF. 157/23, #I.5). Esto significa que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos y sociales, deben ser tratados de la misma manera y con el mismo énfasis.

(44) Sobre la teoría del uso alternativo del derecho [ver A. NOGUERA (2007): 44-48].

fundamentalidad de un derecho por vía interpretativa a partir de las circunstancias concretas del caso (45).

5.1. *Creación de la Corte Constitucional y «activismo jurisprudencial»*

El control constitucional existe en Colombia desde 1910, y era, previamente a la Constitución de 1991, ejercido por la Corte Suprema de Justicia. A pesar de que esta Corte nunca lo ejerció de una manera progresista, su larga tradición implicó que la cultura política y jurídica colombiana estuviera familiarizada con la revisión constitucional, lo cual permitió que, por ejemplo, las decisiones de la nueva Corte Constitucional, en el marco de su actuación progresista, de anular leyes que vulneraban derechos sociales nunca fueron vistas por nadie como extrañas ni cuestionado por falta de legitimidad (46).

Desde su creación en 1991, la Corte Constitucional ha sido siempre un ejemplo de defensa activa de los derechos sociales de las clases más pobres de la sociedad, en la mayoría de casos en contra de las políticas del Ejecutivo. Ello ha despertado las simpatías de muchos académicos de izquierda y movimientos sociales, y las críticas de los sectores económicos y de gobierno que han, incluso, llegado a protagonizar algún intento de reforma constitucional para eliminar la Corte o vaciarla de funciones. Sin duda, el gran poder que la nueva Constitución dio a la Corte Constitucional le ha facilitado muchísimo su trabajo, los estudios comparados nos demuestran que hay mucho más activismo judicial en países con un modelo concentrado de control de constitucionalidad, que en aquellos otros de control disperso en distintas cortes y jurisdicciones (47).

El activismo de la Corte Constitucional colombiana, en su ejercicio de revisión o control de constitucionalidad, ha tenido dos facetas:

La primera, una amplia interpretación de sus competencias con respecto a la posibilidad de declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes. A pesar de que la Constitución le otorga a la Corte amplias competencias para anular cualquier acto legal que considere inconstitucional, ésta ha interpretado tales competencias de manera muy generosa. De hecho, ha entendido que sus competencias para decidir sobre la constitucionalidad o no de una ley incluían no sólo su poder para mantener la vigencia de

(45) R. ARANGO (2003): 112.

(46) R. UPRIMNY YEPES (2006): 359.

(47) H. JACOB *et al.* (1996): 389.

una ley declarando su constitucionalidad o bien anularla declarando su inconstitucionalidad, sino además su poder para determinar en algunos casos el único tipo de interpretación que debe darse a un texto legal para que éste pueda considerarse constitucional (48), este último tipo de decisiones han hecho capaz a la Corte Constitucional de excluir o incluir determinadas palabras o incluso frases enteras en un texto legal (49).

Y la segunda, una interpretación progresista del texto constitucional, la que ha implicado en muchos casos, una activa intervención de la Corte en las políticas económicas del Estado (50).

Ejemplos del activismo de la Corte a favor de la protección de los derechos sociales hay muchos, es muy difícil resumir todos los asuntos tratados y la jurisprudencia creada (51), pero para poner un ejemplo paradigmático, fijémonos en el siguiente caso:

En 1992 la recién inaugurada Corte Constitucional resolvió un caso muy curioso. El demandante fue un anciano de 69 años que no había recibido ni dinero ni respuesta de la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL), la entidad estatal responsable de pagar su pensión. Había perdido su vivienda por no tener con qué pagarla, y vivía con un hijo que lo mantenía con dificultad. No tenía ningún medio económico para subsistir y requería de una operación urgente para no perder la vista, operación que no podía pagar sin la pensión. La situación no era nada fácil, el derecho a una pensión es un derecho recogido en el artículo 48, incluido en el capítulo II de los derechos económicos, sociales y culturales y, por tanto, se trata de un derecho no susceptible de acción de tutela que sólo puede ejercerse por vulneración de un derecho Fundamental. La vía que le quedaba era la costosa jurisdicción ordinaria a la que el anciano no tenía acceso por falta de recursos.

Sin embargo, y a pesar de ello, la Corte Constitucional le aceptó la acción de tutela para el caso y resolvió a su favor por considerar que se había violado un derecho fundamental, lo que llamó el «derecho innominado al mínimo vital». Es un derecho innominado porque no está en la Constitución sino que se desprende de los derechos fundamentales, especialmente del derecho a la vida y a la dignidad.

(48) Ver, entre muchas otras, Corte Constitucional, Sentencia C-112 de 2000.

(49) R. UPRIMNY YEPES (2006): 359-360.

(50) La intervención de la Corte Constitucional en asuntos de gasto pública ha sido duramente criticada por autores como J. C. Restrepo, antiguo Ministro de Hacienda, en «A quién corresponde decretar el gasto público en Colombia: ¿al Congreso nacional o a la Corte constitucional?» [En C. M. MOLINA (2003): 169-212].

(51) Para una visión general del trabajo realizado por la Corte Constitucional, ver M. J. CEPEDA (1998): 91.

«La tutela procede en razón de la naturaleza del derecho y no porque esté en la lista de la Constitución —señaló la Corte— (52). Incluso se acepta que hay derechos fundamentales que no están positivizados (Constitución art. 94) y cuyo reconocimiento procede en la realidad de cada caso cuando se afecta a la dignidad humana y la persona se encuentra en situación de indefensión» (53).

En los años siguientes, la vulneración al «derecho innominado al mínimo vital» ha sido alegado cientos de veces para exigir mediante una acción de tutela el cumplimiento de derechos sociales, y la Corte Constitucional ha resuelto también a favor, invocando al mínimo vital, cientos de casos como la mora en el pago y en el reconocimiento de prestaciones de la seguridad social (54), la mora en el pago de salarios (55), el despido de mujer embarazada (56), la falta de prestación de servicios de salud al trabajador (57) y la exclusión de medicamentos y tratamientos vitales del Plan Obligatorio de Salud (58).

(52) Corte Constitucional, Sentencia T-418 de 1992.

(53) Corte Constitucional, Sentencias T-801 de 1998 y T-881 de 2002.

(54) Corte Constitucional, Sentencias de mora en el pago de pensiones: T-426 de 1992, T-005 de 1995, T-144 de 1995, T-147 de 1995, T-198 de 1995, T-202 de 1995, T-287 de 1995, T-076 de 1996, T-323 de 1996, T-160 de 1997, T-278 de 1997, T-458 de 1997, T-611 de 1997, SU-022 de 1998, SU-430 de 1998, T-07 de 1998, T-120.^a de 1998, T-143 de 1998, T-297 de 1998, T-330 de 1998, T-553 de 1998, T-559 de 1998, SU-062 de 1999, T-259 de 1999, T-1103 de 2000, T-1205 de 2000, SU-090 de 2000, SU-1354 de 2000, T-001 de 2001, T-019 de 2001, T-124 de 2001, T-398 de 2001, T-400 de 2001, T-405 de 2001, T-433 de 2001, T-444 de 2001, T-203 de 2002, T-1121 de 2002, T-1097 de 2002, T-099 de 2002, T-910 de 2003, T-905 de 2003, T-454 de 2003, T-435 de 2003, T-390 de 2003, T-547 de 2004, T-524 de 2004, T-267 de 2004. Sentencias de no pago de licencia de maternidad: T-270 de 1997, T-576 de 1997, T-662 de 1997, T-139 de 1999, T-205 de 1999, T-210 de 1999, T-558 de 1999, T-365 de 1999, T-1620 de 2000, T-473 de 2001, T-483 de 2001, T-572 de 2001, T-736 de 2001, T-707 de 2002, T-999 de 2003, T-390 de 2004.

(55) Corte Constitucional, Sentencias de mora en el pago de salarios: T-146 de 1996, T-166 de 1997, T-174 de 1997, T-529 de 1997, T-144 de 1999, T-502 de 1999, T-679 de 1999, SU-995 de 1999, T-121 de 2001, T-132 de 2001, T-399 de 2001, T-418 de 2001, T-435 de 2001, T-436 de 2001, T-438 de 2001, T-458 de 2001, T-481 de 2001, T-541 de 2001, T-614 de 2001, T-626 de 2001, T-630 de 2001, T-698 de 2001, T-700 de 2001, T-725 de 2001, T-734 de 2001, T-1156 de 2001, T-148 de 2001, T-115 de 2002, T-162 de 2002, T-594 de 2002, T-192 de 2003, T-222 de 2003, T-1023 de 2003, T-1049 de 2003, T-552 de 2004, T-541 de 2004, T-505 de 2004.

(56) Corte Constitucional, Sentencias T-238 de 1998, T-283 de 1998, T-286 de 1998.

(57) Corte Constitucional, Sentencias SU-562 de 1999, T-497 de 1997.

(58) Algunos casos son el tratamiento del SIDA (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-328 de 1998), del cáncer (T-283 de 1998), parálisis cerebral (T-286 de 1998), casos en que necesitan equipos ortopédicos (T-597 de 1993) o intervenciones quirúrgicas (T-571 de 1998). Ver J. LEMAITRE RIPOLL (2007): 53-54; R. ARANGO (2002).

En consecuencia, con todos estos fallos la Corte ha desarrollado una doctrina extensa sobre la justiciabilidad de los derechos sociales cuando se amenaza la supervivencia (59).

Este citado, se trata de un caso de protección individual de derechos sociales, pero la Corte ha llevado a cabo también, otras formas de protección de estos derechos como la protección de grupos que comparten una situación similar, o la revisión abstracta de la legislación y las políticas económicas.

En cuanto a la protección de grupos que comparten una situación similar, un ejemplo fue el de las personas desplazadas. Fruto del conflicto armado colombiano hay una gran cantidad de personas desplazadas que se ven obligados a abandonar sus casas e ir a los centros urbanos, en los que no tienen ni vivienda ni recursos con los que subsistir. En este caso, después de haberse presentado diversas acciones individuales de tutela, la corte decidió declarar la existencia de lo que llamo un «estado de las cosas inconstitucional» (60), por la inconsistencia y precariedad de las políticas estatales de protección del desplazamiento forzoso (61). En esta decisión la Corte ordenó a las autoridades reformular y clarificar sus políticas hacia los desplazados con el objetivo de atender sus necesidades básicas, manteniendo el control para verificar el cumplimiento por parte de los organismos estatales de estas órdenes (62).

Y en cuanto a la revisión abstracta de la legislación o las políticas económicas, al proteger derechos sociales a través de la vía de la tutela o ejerciendo su poder de revisión de constitucionalidad de las leyes y declarar a las mismas totalmente o parcialmente inconstitucionales por violar la Constitución, la Corte ha condicionado muy frecuentemente las políticas económicas del gobierno. Por ejemplo, ha anulado leyes que extendían el impuesto del valor añadido (IVA) a los productos de primera necesidad (63), ha extendido

(59) Ver J. LEMAITRE y R. ARANGO (2001).

(60) La doctrina del «estado de cosas inconstitucional» es una doctrina desarrollada por la Corte Constitucional en 1997 según la cual el Estado debe adoptar planes financiados y de largo plazo para superar situaciones estructurales que, por su omisión, han degenerado en un estado de cosas contrario a algunos derechos constitucionales, especialmente sociales. La Corte ha dictado tres sentencias principales basadas en esta tesis. La Sentencia T-559/97 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa) sobre el pago de mesadas pensionales a nivel local, en especial a los maestros; la T-068/98 (MP. Alejandro Martínez Caballero) sobre la ineficiencia estructural de la Caja Nacional de Previsión para cumplir con sus obligaciones pensionales; y la T-153/98 (MP. Eduardo Cifuentes) sobre las condiciones de indignidad y amenazas a la salud en los centros de reclusión del país.

(61) Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004.

(62) R. UPRIMNY YEPES (2006): 369-370.

(63) Corte Constitucional, Sentencia C-776 de 2003.

determinados beneficios de pensión a sectores específicos de la población en aplicación del principio de igualdad (64), ha ordenado un aumento parcial de los ingresos de los servidores públicos de acuerdo con la inflación (65), y ha prohibido la modificación de determinadas regulaciones de pensiones para proteger los derechos adquiridos de los trabajadores (66). Todas estas decisiones han implicado muy importantes costes económicos y presupuestarios (67).

5.2. *El reconocimiento jurisprudencial de la progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*

El principio de progresividad reconocido en materia de derechos sociales principalmente, aunque puede también reconocerse en otros derechos, conlleva dos aspectos: la no regresividad de los derechos ya reconocidos (68) y el reconocimiento de que la satisfacción de los derechos sociales supone una cierta gradualidad (69).

En Colombia, el principio de progresividad o de no regresividad de los derechos sociales no está reconocido en la Constitución colombiana, a diferencia de las Constituciones de Ecuador (1998), Venezuela (1999) o de los nuevos proyectos de Bolivia (2007) y Ecuador (2008), que sí lo reconocen explícitamente. Una vez más, ha sido la Corte Constitucional colombiana la que mediante su jurisprudencia ha reconocido este principio. Fue en 1997 cuando la Corte anunció claramente este principio de progresividad en los

(64) Corte Constitucional, Sentencia C-409 de 1994.

(65) Corte Constitucional, Sentencias C-1433 de 2000, C-1064 de 2001 y C-1017 de 2003.

(66) Corte Constitucional, Sentencia C-754 de 2004.

(67) Por ejemplo, la Sentencia C-409 de 2004 ha costado cientos de millones de dólares y mantiene aún hoy en día su coste a una cifra de aproximadamente 340 millones de dólares al año. Mientras que la Sentencia C-776 de 2003 redujo los ingresos económicos en aproximadamente 320 millones de dólares [R. UPRIMNY YÉPES (2006): 370-371].

(68) La nota del artículo 11 de las «Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del protocolo de San Salvador», adoptadas por la Asamblea General de la OEA, el 7 de junio de 2005 [Cf. Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-0/05)], se define la regresividad de la siguiente manera: «por medidas regresivas se entiende todas aquellas disposiciones y políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel de goce o ejercicio de un derecho protegido».

(69) La noción de progresividad aparece tanto en el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), así como en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

siguientes términos: «... *el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto* (70). *Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional*» (71). Como señala R. Arango, la Corte Constitucional relaciona el principio de progresividad de los derechos sociales con el recorte a la libertad de configuración legislativa en materia de derechos sociales. Alcanzado un determinado nivel de protección, en principio todo retroceso está prohibido. Tal consecuencia se anuncia bajo la forma de una presunción de inconstitucionalidad. Toda medida posiblemente regresiva de los derechos sociales se presume contraria a la Constitución y se somete, por tanto, a estricto control por parte de los jueces constitucionales. Además, la carga de la argumentación para desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad de la medida adoptada recae en la autoridad pública (72), la cual debe demostrar: a) la existencia de un interés estatal permisible; b) el carácter imperioso de la medida; y c) la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión (73).

Un ejemplo de aplicación por parte de la Corte Constitucional de la prohibición de regresividad en derechos sociales lo encontramos en Palmira (Valle del Cauca), donde el municipio, en desarrollo del programa de gobierno presentado por el alcalde elegido por el período 2001-2003, otorgaba un subsidio para la construcción de vivienda. Una mujer fue beneficiada por el subsidio y suscribió un contrato para la construcción de su vivienda. No obstante por dificultades económicas, el municipio redujo el subsidio inicialmente fijado. La afectada interpuso una acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y la vida digna. La Corte Constitucional le concedió la tutela en base al principio de prohibición de regresividad de derechos sociales y ordenó el pago integral del subsidio (74), según la Corte la Administración no logró satisfacer la carga argumentativa porque la crisis financiera existía con anterioridad al inicio del proyecto de vivienda

(70) Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencias: C-251 de 1997 (Fundamento 8), SU-624 de 1999, C-1165 de 2000, y C-1489 de 2000.

(71) Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

(72) R. ARANGO (2006): 157.

(73) V. ABRAMOVICH y C. COURTIS (2002): 109.

(74) Corte Constitucional. Sentencia T-1318 de 2005. MP: Humberto Sierra Porto.

y la Administración había cometido errores en la planeación y ejecución del proyecto, errores no atribuibles a los beneficiarios del subsidio (75).

5.3. *La protección de los derechos sociales frente a terceros particulares en la Constitución colombiana*

Uno de los elementos novedosos e importantes para la justiciabilidad de los derechos fundamentales que reconoció la Constitución colombiana fue la posibilidad de interponer acción de tutela por vulneración de derechos, no sólo frente a autoridades del Estado, sino también frente a particulares. De acuerdo con ello, el otorgamiento, por parte de la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia, de «fundamentalidad» a los derechos sociales implicó también la eficacia de los derechos sociales frente a terceros particulares.

En la mayoría de Constituciones no aparecen normas explícitas de reconocimiento de la eficacia directa frente a los particulares de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*) (76), y mucho menos de derechos sociales (77).

(75) R. ARANGO (2006): 157-158.

(76) La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares se ha denominado con el término «Drittwirkung», pues ha sido estudiada con especial atención por la doctrina alemana.

(77) En España, la Constitución guarda silencio, autores como J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO (1986): 48, han señalado la falta de un precepto constitucional del que pueda afirmarse que proclama con claridad la eficacia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales. Es la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la que dice en su artículo 41.2 que «*el amparo sólo protege frente a las violaciones de derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado*». Ello hace surgir un interrogante en el ordenamiento español: ¿cómo se justifica que los derechos acogidos al amparo sólo sean defendibles cuando su violación proceda de actos de los poderes públicos, y no se pueda ejercer esa defensa si la lesión de los mismos bienes jurídicos la realiza un particular? En oposición a esta afirmación, Prieto Sanchis plantea la cuestión a la inversa señalando que «la Constitución española no ofrece ninguna base conceptual para excluir dicha eficacia con carácter general». Este autor tampoco cree que el artículo 53.1 CE, al establecer en su primer inciso que «*los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos*», esté proscribiendo implícitamente que los derechos fundamentales rijan en las relaciones entre particulares. «Primero, porque es de aplicación la cláusula general del artículo 9.1, y segundo, porque el precepto tiene por objeto regular las fuentes o modos de producción normativa de los derechos fundamentales, por lo que es natural esa referencia exclusiva a los poderes públicos. Además, los derechos fundamentales propiamente no vinculan a los ciudadanos, ya que si bien éstos deben respetar el derecho ajeno, no están llamados a su satisfacción o protección» [L. PRIETO SANCHIS (1990): 210]. Sin embargo, si bien el silencio de la Constitución podría llegarse a in-

El cimiento histórico-doctrinal que explica esto lo encontramos en la concepción liberal temprana de separación radical entre la sociedad y el Estado, asignando a cada uno de los términos del binomio un estatuto jurídico diferente. De forma que, como correlato de la Constitución, concebida como estatuto jurídico del Estado, se proyectó en el ámbito de lo privado el Código Civil, al que se configuró como el estatuto jurídico más representativo de la sociedad (78).

Asentada la legislación privada en la trilogía de la generalidad de la ley, la igualdad ante la ley y la autonomía de la voluntad, nada tiene de extraño que fuera a través de la satisfacción y el cumplimiento de estos tres principios, como se pensaba que se podía realizar y garantizar jurídicamente la libertad del hombre. Con razón iusprivatistas notables como Thieme o Wieacker han hablado del contenido materialmente constitucional de la codificación privada, en la medida en que el código civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres. Los únicos peligros que cabía imaginar para los derechos fundamentales quedaban reducidos a los derivados de las relaciones entre el individuo y el Estado. Se planteó de este modo la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos (79).

Esta concepción no tiene ningún sentido hoy, la globalización ha supuesto, como nos cuenta Juan Ramón Capella, importantes transformaciones en el campo de poder contemporáneo que ha dado lugar a una bipolarización de las relaciones de poder. Junto al «soberano político-estatal» tradicional existe ahora un «soberano privado supraestatal difuso» con capacidad de determinar las políticas estatales (80). La aparición en el seno de la sociedad de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y su dominio con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, determina un nuevo y más amplio entendimiento de la dialéctica poder-libertad (81).

interpretar como dice Prieto Sanchis, después de la lectura del artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no queda confusión posible. (Sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros particulares, ver también J. M. BILBAO UBILLOS, 1997.)

(78) P. GARCÍA VEGA (2002): 693.

(79) *Ibid.*

(80) Ver J. R. CAPELLA (1996) y (1997).

(81) Como señaló la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el ya citado caso «Kot» de 1958 (Fallos: 241:291, de 5 de septiembre de 1958): «Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita sostener que la protección de los derechos humanos se circunscriba a los ataques que provengan del Estado solamente. Hay ahora una categoría de su-

En Colombia, es el ya mencionado artículo 86 de la Constitución el que trata esta cuestión, remitiendo a la Ley la regulación de «*los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión*». No obstante, como podemos observar, la Constitución delimitó expresamente los supuestos de dicha procedencia, con la cual a diferencia de lo que ocurre frente a los poderes públicos, la vinculación de los particulares a los derechos constitucionales, o al menos la posibilidad de interponer la garantía constitucional específica contra ellos, tiene un carácter excepcional (82). Este carácter excepcional se convirtió aún más excepcional todavía, con las restricciones a los tres supuestos citados en la Constitución que hizo el Decreto ley 2591 de 1991, encargado de desarrollar legislativamente el artículo 86 (83).

Sin embargo y a pesar de estas restricciones, sorteadas muchas veces por la jurisprudencia de la Corte Constitucional (84), podemos decir que el artículo 86 ha permitido en muchas ocasiones garantizar la eficacia de los derechos sociales frente a particulares.

jetos que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representen una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos fundamentales».

(82) A. JULIO ESTRADA (2002): 270.

(83) En cuanto al primer supuesto, por ejemplo, previsto en la Constitución (art. 86) de posibilidad de interponer tutela contra particulares que presten un servicio público, el artículo 42 del citado Decreto ley, en primer lugar limitó los derechos tutelables (limitación que fue declarada inconstitucional por la Corte mediante la Sentencia C-134 de 1994), y en segundo lugar, sólo contemplaba como destinatarios de la acción de tutela a los particulares que prestaran el servicio el servicio público de educación, el de salud y los servicios públicos domiciliarios. Esto da a entender que cuando se trate de los demás casos de prestación por un particular de un servicio público no cabe interponer la acción de tutela [A. JULIO ESTRADA (2002): 272].

(84) En el caso de la Sentencia T-507 de 1993, la Corte Constitucional se enfrentaba a la doble limitación expuesta en la nota anterior: el particular demandado era una compañía que prestaba el servicio de correos, por lo que era un servicio no incluido en el art. 42 del Decreto ley, y además se le imputaba la violación de un derecho de petición, un derecho que según el artículo 23 de la Constitución en principio sólo era exigible frente al Estado, pues por expreso mandato constitucional su ejercicio frente a particulares estaba supeditado a la expedición de una reglamentación legal no promulgada. Las barreras eran aparentemente infranqueables pero no a juicio de la Corte, que sostuvo que la prestación de un servicio público por un particular transformaba a éste en autoridad pública, y en consecuencia la procedencia de la tutela en estos casos no está limitada a los supuestos legalmente regulados. Con esta sentencia, la Corte sentó la línea jurisprudencial que se aplicaría en muchos otros casos [A. JULIO ESTRADA (2002): 272].

En base a la posibilidad de tutela frente a particulares que presten servicios públicos, desde 1996 han sido aceptadas por la Corte un gran número de tutelas contra compañías privadas encargadas de la prestación del servicio público de salud. La primera decisión en este sentido fue la sentencia T-533 de 1996, que trataba el caso de una compañía privada que se negaba a autorizarle al demandante, con quien había suscrito un contrato de prestación de servicios médicos, una intervención quirúrgica, alegando que se trataba de una «preexistencia», es decir, una enfermedad que ya tenía el paciente antes de firmar el contrato y, por tanto, no se incluía como objeto de las prestaciones a que obligaba el mismo. Como señala A. Julio Estrada, la aceptación de un amplio número de tutelas de este tipo fue la respuesta del juez constitucional a la privatización de la seguridad social en Colombia, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, la cual generaba una grave desprotección de los usuarios que escogieron el sistema de seguridad social privado, pues para resolver cualquier controversia que tuvieran origen en la ejecución del contrato sólo podían recurrir a la tardía jurisdicción ordinaria, como en cualquier relación contractual, pero no a la tutela, con lo que en casos de dolencia grave que deben atenderse inmediatamente los pacientes estaban sin protección (85).

El otro aspecto y el cual se configura como el elemento que con mayor frecuencia ha sido invocado, existiendo un gran número de sentencias de este tipo, para la protección de los derechos sociales frente a terceros particulares, ha sido el supuesto de «la indefensión y la subordinación». La Corte delimitó conceptualmente esta expresión en su Sentencia T-290 de 1993 señalando que «*la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos (86), o con los estudiantes frente a sus profesores (...), en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho de defensa, entendida esta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o la amenaza de que se trate*», por ejemplo cuando el demandante sea un menor o se encuentre en situación de marginación social y económica (87) que puede agravarse si se trata de una persona de la tercera

(85) A. JULIO ESTRADA (2002): 288-289.

(86) Son ejemplos de demandas interpuestas por trabajadores contra sus patronos solicitando la protección de derechos, entre otras Sentencias T-593 de 1992, T-161 de 1993 y T-230 de 1994.

(87) Ver Sentencia T-605 de 1992.

edad (88), o padezca una minusvalía física o psíquica que lo coloque en situación de desventaja frente al demandado (89).

6. LOS ESFUERZOS DEL EJECUTIVO POR EL CONTROL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Si bien la composición progresista de los magistrados de la Corte Constitucional en Colombia ha permitido, desde su creación, salvar las dificultades constitucionales para la protección de los derechos sociales frente a las políticas neoliberales del Ejecutivo (son muchos los casos en que para proteger derechos sociales la Corte ha hecho primar en su jurisprudencia la perspectiva ética a la jurídica), el peligro existente en el país es que desde el momento que accedan a la Corte nuevos magistrados de tendencia conservadora puede incurriarse también en una nueva situación coyuntural de desprotección de los derechos sociales.

De hecho, podemos afirmar que durante los últimos años se ha producido una conservadurización de la Corte Constitucional, especialmente desde el año 2002, mediante presiones del poder político sobre la misma y la voluntad de éste de reintegrar la Corte con magistrados conservadores. Sin duda, el clima político ha cambiado desde que el presidente Álvaro Uribe (2002-2006) accedió al poder, no sólo por sus estándares de actuación conservadores, sino además por el amplio apoyo que ha recibido de la mayoría de la población.

Por un lado, el presidente Uribe y sus ministros han criticado profundamente algunas decisiones progresistas de la Corte Constitucional, intentando en varias ocasiones reformar la Constitución con el objetivo de limitar el poder de la Corte. Por otro lado, Uribe ha sido reelegido (2006-2010). Durante este período tres magistrados de la Corte terminan su mandato y el Presidente va a reintegrar la corte con jueces conservadores.

Los magistrados, en Colombia, son nombrados por el Congreso, de tres listas de nombres cada una de ellas presentadas respectivamente por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Presidente de la República. Cada Magistrado tiene un mandato individual de ocho años y cuando termina tiene que ser reemplazado por una persona perteneciente a la lista del mismo origen que la suya. Los tres jueces que están a punto de concluir sus

(88) Ver, entre otras, Sentencias T-125 de 1994, T-036 de 1995, T-351 de 1997, T-495 de 1999, T-1008 de 1999, SU-062 de 1999.

(89) Ver Sentencias T-174 de 1994, T-024 de 1995 y T-288 de 1995.

períodos pertenecen a la lista del Presidente y, por tanto, han de ser sustituidas por personas postuladas por el Presidente y nominadas por el Congreso, que después de las elecciones de marzo de 2006 está compuesto por mayoría de partidos que dan apoyo al presidente Uribe. Esto supondrá una conservadurización de la Corte que se reflejará sin duda en la protección y justiciabilidad de los derechos sociales (90).

De hecho, de los tres magistrados pertenecientes a la lista del Presidente que concluyen su mandato durante este período presidencial, el primero, Álvaro Tafur, ya lo terminó en el 2007, en su lugar el presidente Uribe nombró a Mauricio González Cuervo, causando un gran escándalo pues González Cuervo es una persona de confianza del presidente y hasta entonces su Secretario jurídico en la Presidencia de la República (91). Hay que tener en cuenta que en Colombia todos los proyectos de ley del Ejecutivo pasan por manos de la Secretaría jurídica de la Presidencia antes de ser radicados en el Congreso. Además, todas las leyes ya aprobadas también pasan por manos de esa entidad. La relación estrecha que mantiene González Cuervo con el Ejecutivo y las leyes lo hace un hombre clave para el gobierno, esta es la razón por la que Uribe lo postuló como magistrado a la Corte.

Los otros dos magistrados de la terna del Presidente terminan su mandato entre diciembre de 2008 y mayo del 2009, con lo cual serán también sustituidos por nuevos magistrados nombrados por Uribe. Todo ello supone, sin duda, un grave peligro para el mantenimiento de la necesaria independencia política que toda Corte Constitucional debe tener, y abre de nuevo, como decía al inicio de este trabajo, el debate en torno a la independencia o control de la Corte Constitucional en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y C. COURTIS (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid.
- ARANGO, R. (2002): Introducción. «Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho fundamental al mínimo vital», *Revista Estudios Ocasionales*, Centro de Investigaciones Socio-jurídicas, Universidad de Los Andes, Bogotá.
- ARANGO, R. (2003): «La jurisdicción social de la tutela», en C. M. MOLINA: *La Corte Constitucional. 10 años, balance y perspectivas*, Universidad del Rosario, Bogotá.

(90) R. UPRIMNY YEPES (2006): 364.

(91) Mauricio González Cuervo ha sido Viceministro de Justicia y Viceministro de Interior en los gobiernos de Uribe. Desde el 19 de julio de 2005 era Secretario jurídico de la Presidencia de la República.

- ARANGO, R. (2006): «La prohibición de retroceso en Colombia», en C. COURTIS (ed.): *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del puerto, Buenos Aires.
- BARRETO, M. y L. SARMIENTO (1997): *De los derechos, las garantías y los deberes*, Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá.
- BARROSO, L. R. (1999): «Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para voce também?)», en VV.AA.: *O direito público en tempos de crise*, Livreria do adrogado, Porto Alegre.
- BILBAO UBILLOS, J. M. (1997): *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, CEPC-BOE, Madrid.
- BOTERO, C. (1995): «Desarrollo de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales», en *Corte Constitucional: la Corte Constitucional y la guardia de los derechos y deberes fundamentales*, Mimeo, Bogotá.
- BRAGE, J. (2000): *La acción de inconstitucionalidad*, UNAM, México.
- BUENAHORA, J. (1992): *El proceso constituyente*, Tercer Mundo, Bogotá.
- CAPELLA, J. R. (1996): *Grandes esperanzas*, Trotta, Madrid.
- CAPELLA, J. R. (1997): *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Trotta, Madrid.
- CEPEDA, M. J. (1998): «Democracy, State and Society in the 1991 Constitution: the role of the Constitutional Court», en E. POSADA-CARBO (ed.): *Colombia: The politics of Reforming the State*, Macmillan Press, Londres.
- CEPEDA, M. J. (1999): «La acción de tutela colombiana», en VV.AA.: *La protección constitucional del ciudadano*, Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires.
- CERRONI, U. (1965): *Marx y el derecho moderno*, Jorge Álvarez, Buenos Aires.
- COURTIS, C. (2006): «Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America», en R. GARGARELLA, P. DOMINGO y T. ROUX (eds.): *Courts and Social Transformation in New Democracias*, Ashgate, Aldershot.
- DALY, M. (2002): *Acces to social rights in Europe*, Consejo de la Unión Europea. Estrasburgo.
- DUGAS, J. (comp.) (1993): *La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?*, Universidad de Los Andes, Bogotá.
- FERRAJOLI, L. (2007): «Sobre los Derechos fundamentales», en M. CARBONELL (ed.): *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid.
- GARCÍA TORRES, J. y A. JIMÉNEZ BLANCO (1986): *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid.
- JACOB, H. et al. (1996): *Courts, Law and Politics in COmparative perspectiva*, Yale University Press, New Haven.
- JULIO ESTRADA, J. (2002): «La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano», en M. CARBONELL: *Derechos fundamentales y Estado*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México.

- LEMAITRE RIPOLL, J. (2007): «El Coronel sí tiene quien le escriba: la protección judicial del derecho al mínimo vital en Colombia», en VV.AA.: *Derecho y pobreza*, Editores del puerto, Buenos Aires.
- LEMAITRE RIPOLL, J. y R. ARANGO (2001): *El derecho fundamental al mínimo vital. Sistematización y análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Investigación elaborada por el CIJUS de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Bogotá, Inédito.
- LONDOÑO, B. (2003): «Debates en torno a la procedencia de la acción de cumplimiento en los casos referidos a gato público», en B. LONDOÑO (ed.): *Eficacia de las acciones constitucionales en defensa de los derechos colectivos*, Universidad del Rosario, Bogotá.
- LÓPEZ, J. R. (1994): «Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito», en J. E. FARIA (ed.): *Direitos Humanos, Directos Sociais e Justiça*, Malheiros, Sao Paulo.
- MOLINA, C. M. (2003): *La Corte Constitucional. 10 años, balance y perspectivas*, Universidad del Rosario, Bogotá.
- NOGUERA, A. (2007): *El derecho en la legitimación del poder. Del constitucionalismo liberal clásico a la crisis del Derecho Constitucional*, Ediciones Cooperativas, Buenos Aires.
- PECES-BARBA, G. (2004): *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid.
- PISARELLO, G. (2007): *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1990): *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid.
- SARMIENTO, D. (2006): *Livres e iguais: Estudos de direito constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- SARMIENTO, G. (1992): «Las acciones populares y la defensa del medio ambiente», en *Derecho y medio ambiente*, Cerec-Fecsol, Bogotá.
- TORO LOPERA, A. (1993): *Principios Fundamentales de la Constitución de Colombia de 1991*, LUPA, Medellín.
- UPRIMNY YEPES, R. (2006): «Should Courts enforce social rights? The experience of the Colombian Constitutional Court», en F. COOMANS (ed.): *Justiciability of Economic and Social Rights*, Intersentia, Antwerpen-Oxford.
- VALENCIA VILLA, H. (1993): «Los Derechos humanos en la Constitución del 91», en J. DUGAS (comp.): *La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?*, Universidad de Los Andes, Bogotá.
- VEGA GARCÍA, P. (2002): «La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)», en M. CARBONELL (coord.). *Derechos Fundamentales y Estado*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México.