

Fundamental social rights, hermeneutic problem in the right to health in Colombia

Derechos Sociales Fundamentales, problemática hermenéutica en el derecho a la salud en Colombia¹

Fecha de recepción: 09 de noviembre de 2011

Fecha de revisión: 16 de diciembre de 2011

Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2011

Diego Mauricio Higuera Jiménez ²
Edwin Hernando Alonso Niño ³

RESUMEN

Siempre que alguien posee un derecho fundamental existe una norma válida de derecho que se lo otorga. Una razón importante para que lo anterior sea así, parece ser la falta de un cuestionamiento correcto y preciso frente a las prerrogativas inherentes al ser humano y que generan, de esta manera, diversos interrogantes como lo plantea Alexy (2003), entre los cuales se encuentran varios tipos: normativo, empírico y conceptual o analítico. Entonces bajo la concepción de una teoría estructural de los derechos fundamentales en la determinación de su naturaleza, importan sobre todo, las cuestiones conceptuales o analíticas, en la consabida diferencia establecida por Bobbio (2003) entre validez, eficacia y legitimidad. En este sentido, el enfoque del presente análisis se estructura desde un concepto evolucionado de derechos subjetivos, lo cual permitirá entender la situación actual del derecho a la salud, entendido como un derecho social fundamental que es factiblemente materializarlo a través de la vía judicial, amparado en el paradigma de la Constitución material, siendo esta la conclusión principal.

ABSTRACT

Whenever someone has a fundamental right, there is a valid rule of law giving it to him. A major reason for the above is that it seems to be a lack of a correct and precise questioning to the prerogatives inherent to the human being, generating, in this way, several questions according to Alexy (2003), among which we find the normative, empirical, conceptual or analytical type. Then, under the conception of a structural theory of fundamental rights to determine its nature, import mainly conceptual or analytical issues in the usual distinction made by Bobbio (2003) between validity, effectiveness and legitimacy. In this sense, the focus of this analysis is constructed from a concept of individual rights evolved, allowing to understand the current situation of the right to health, understood as a fundamental social right that is feasibly materialize through the courts, covered in the paradigm of material constitution, which is the main conclusion.

- 1 Artículo de investigación producto del Proyecto terminado: Argumentación y Derecho Constitucional, vinculado a la línea en Constitucionalismo y Construcción Democrática del grupo de investigación Jurídicas y Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho, Categoría A, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
- 2 Abogado Universidad Santo Tomás, Magister en Derecho Público y Ciencia Política, Université Nancy2 Francia. Doctorando en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Investigador Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. Director del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, miembro del grupo de investigaciones jurídicas y socio jurídicas de la Facultad de Derecho Categoría A en Colciencias, Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. Correo electrónico de contacto: dhiguera@ustatunja.edu.co
- 3 Abogado. Universidad Santo Tomás. Candidato a Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, Tunja. Investigador auxiliar. Universidad Santo Tomás - Tunja. Artículo de Investigación. Semillero Investigación en Estudios de Jurisprudencia Constitucional. Correo electrónico de Contacto: alonsinf1@hotmail.com / hemandonalonso55@gmail.com

Palabras clave

Derecho fundamental,
legitimidad, derecho subjetivo,
derecho social fundamental, vía judicial.

Key words

Fundamental right,
Legitimacy, Subjective right,
Fundamental social right, Court.



INTRODUCCIÓN

Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe según Alexy (2003) una norma válida de derecho que se lo otorga. Si bien, el debate sobre la concepción de derechos fundamentales, no ha generado un consenso, a nivel doctrinal ni jurisprudencial, aspecto que se analiza en el presente estudio.

Una razón importante para que lo anterior sea así, parece ser la falta de un cuestionamiento correcto y preciso frente a las prerrogativas inherentes al ser humano y que generan, de esta manera, diversos cuestionamientos según Alexy (1993), entre los cuales se encuentran varios tipos: normativo, empírico y conceptual o analítico.

Se tiene entonces que el desarrollo del presente estudio no se enfoca en determinar las cuestiones empíricas, ya que este concepto abarca cosas muy diferentes³. Asimismo, pueden distinguirse, enunciados acerca del surgimiento de los derechos fundamentales propiamente dichos, o su función social; circunstancias que no son el objetivo central de este escrito.

Bajo la concepción de una teoría estructural de los derechos fundamentales en la determinación de su naturaleza, importan sobre todo, las cuestiones conceptuales o analíticas, en la consabida diferencia establecida por Bobbio (2003), entre validez, eficacia y legitimidad. En esta consideración, quien habla de un derecho fundamental, se refiere por lo general, no solo a posiciones individuales, sino al derecho fundamental como un todo, aspecto que puede ser entendido por Alexy (2003) como “haz de posiciones ius-fundamentales”, es decir, la adscripción de un conjunto de normas que integran una disposición de derecho fundamental (Carta Política de 1991).

En este sentido, el enfoque del análisis en comento se estructura desde un concepto evolucionado de derechos subjetivos, lo cual permitirá entender la situación actual del derecho a la salud, entendido como un derecho social fundamental que es factiblemente materializarlo a través de la vía judicial, amparado en el paradigma de la constiución material.

El Derecho a la salud, problema y problemática

La flagrante violación al derecho a la salud en Colombia, se ha desplegado en un contexto de abandono estatal

y desidia de las entidades privadas que “prestan” los servicios, con desprecio del usuario, mientras son las de entidades que más ganancias tienen a nivel nacional,⁴ triste realidad que como todos los hechos notorios no requerirá prueba alguna⁵. En todo caso, la problemática que se aborda en esta ocasión no pretende ser afrontada desde una vía empírica, sino que, se realiza desde una óptica eminentemente normativa conceptual, que involucra la temática de los Derechos Fundamentales frente a la interpretación que se le ha dado en el sistema jurídico Colombiano.

Así, la concepción que se tiene respecto de los derechos fundamentales encuentra raigambre desde la propia Carta Política de 1991, la cual dio lugar a la creación de mecanismos jurídicos para su protección, y en este sentido, gracias a las herramientas jurídicas que se han diseñado es factible materializar la exigibilidad de los mismos, frente a las posibles acciones u omisiones tanto de autoridades públicas como privadas, que, con su conducta, pueden afectar dichas prerrogativas tan esenciales para el ser humano⁶.

En este sentido, la génesis de las acciones que se han consagrado en la norma suprema del ordenamiento jurídico Colombiano, al ser una creación del constituyente de 1991, genera gran interés, toda vez que, se ha contemplado en la misma manera la procedibilidad de múltiples instrumentos, que se encaminan al mentado fin, incluyendo aquellos de orden internacional.

En síntesis, existen en el ordenamiento jurídico interno, mecanismos idóneos que permiten el reconocimiento de los derechos fundamentales que le asisten a cada uno de los integrantes del entramado social.

4 Las E.P.S., que en los años 2005 a 2008 figuraron en las de mayores ganancias a nivel nacional, llegando incluso al segundo lugar, no han suministrado información pública en los últimos años sobre su rentabilidad y lucro (Semana, 2010).

5 De conformidad con el artículo 177 del C.P.C., sobre la carga de la prueba. “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”. Al respecto se ha manifestado la Corte Constitucional en Sentencia C- 145 de 2009, “Hecho notorio es aquel cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo. Según el artículo 177 del C.P.C., los hechos notorios no requieren prueba».

6 Los artículos 86, 87, 88 y 241 de la Constitución muestran normativamente cómo el concepto clásico de un juez constitucional como legislador negativo, ha sido superado por el constituyente colombiano, quien además le ha otorgado funciones positivas con miras a la salvaguarda de los derechos fundamentales consignados en la norma suprema.

4 No se ignoran en todo caso los datos empíricos, solo que estos no constituyen una premisa analítica de este análisis.

Sin embargo, por medio de las glosas que siguen, se analizará, en específico, el caso del derecho a la salud, concebido este conceptualmente como derecho fundamental, que reviste características sociales, de tal suerte que, será factible determinar, el componente de derecho social fundamental tomando como punto de partida la perspectiva jurisprudencial.

Bajo tal panorama, se tendrán como derrotero las numerosas discusiones que se han generado en materia de derechos sociales, analizando las concepciones cercanas al constitucionalismo propio del Estado social de derecho; las cuales buscan amparar no solo los derechos individuales, -vg. Intimidad o libertad-, sino también los derechos sociales -vg. Salud-.

En este orden de ideas, se estudiarán los planteamientos esbozados a la luz de la Sentencia T-760 de 2008; la cual se configura como la “piedra angular de amparo del derecho a la salud”, y, en este sentido, será factible realizar el respectivo análisis que se ha fraguado a nivel doctrinal en virtud del cual se inicia el camino para considerarlo como fundamental y autónomo. De esta manera, el análisis que sigue respecto de este derecho como fundamental y las reglas que han sido establecidas por vía jurisprudencial para asegurar su ámbito de protección específico serán el objeto del presente estudio.

Formulación y planteamiento del problema

La problemática cuestión del reconocimiento, la exigibilidad judicial y el fundamento de los Derechos Fundamentales, es abordada desde el Derecho Constitucional. No obstante, la concepción que se puede generar respecto de las precitas prerrogativas a nivel constitucional, ha sido objeto de diversos debates.

En efecto, en procura de establecer las bases conceptuales necesarias y los fundamentos teóricos para caracterizar de manera adecuada un concepto preciso de derechos fundamentales y su correspondiente materialización por vía judicial, para que se propenda por su realización efectiva, es menester concebirlas bajo una óptica evolucionada de derechos subjetivos, lo cual se busca con la solución del siguiente cuestionamiento:

¿La llamada fundamentalización del derecho a la Salud a la luz en la Sentencia T-760 de 2008, que versa sobre los Derechos Sociales Fundamentales -DSF; cambia la concepción de derecho fundamental en el orden jurídico constitucional dogmático?

El artículo en mención desarrolla como objetivo la determinación de si la llamada fundamentalización del derecho a la Salud; a la luz en la Sentencia T-760 de 2008 sobre los Derechos Sociales Fundamentales – DSF; cambia la concepción en el orden jurídico constitucional dogmático. En el primer segmento del trabajo se delimita el concepto de Derecho Fundamental en la denominada teoría de los principios de los Derechos Sociales Fundamentales, y en el segundo segmento, se espera identificar el concepto estudiado en la Sentencia T-760 de 2008 sobre Derechos Fundamentales.

El presente estudio se enfoca desde el análisis analítico-descriptivo, documental.

Se sustenta el carácter *Analítico* de la presente investigación; toda vez que integra holísticamente diversas fuentes doctrinales y Jurisprudenciales, de manera pues que no se limita a la simple lectura aislada de una sola. *Descriptivo*; ya que se busca recopilar la información de los antedichos sectores que versan sobre la materia objeto de tratamiento.

En efecto, el razonamiento que se realiza se endosa a un estudio doctrinal y Jurisprudencial, permitiendo determinar las conclusiones pertinentes que se han de basar en la raigambre de la temática. En este orden de ideas, el trabajo se enfoca en determinar si la llamada fundamentalización del Derecho a la Salud basada en la Sentencia T-760 de 2008, es compatible con la llamada estructura dogmática del ordenamiento Nacional.

DISCUSIÓN

El Derecho Constitucional, el objeto de estudio

Con el fin de establecer la solución al problema jurídico que ocupa este texto, es de vital importancia tener en cuenta el trasegar de la Carta Política de 1991 hasta la actualidad, y en virtud de ello, determinar la concepción que se tiene de los derechos fundamentales en su sentido más garantista.

De esta manera, desde la óptica del Derecho constitucional, la concepción subjetiva de las antedichas prerrogativas inherentes al ser humano; permiten predicar su exigibilidad con el fin de amparar los intereses propios, y con tal objetivo es menester plantear lo siguiente:

La hermenéutica en el paradigma constitucional

La definición de derecho fundamental está condicionada a la manera en la que es entendida la Constitución, y más aún, cómo esta debe ser interpretada. En este clivaje⁷, se encuentra una concepción material abanderada de grandes expositores como Prieto Sanchis (2007) y la concepción de la Constitución positiva con defensores como García Amado (2007). Pues bien, al referirse a la concepción material y garantista de la Constitución, se debe hacer referencia a Luis Prieto Sanchis (2007), quien considera que una Constitución es material por su contenido sustantivo, el cual está conformado por normas de diversa índole que indican la forma cómo ha de organizarse el poder e incluso como este ha de actuar, en determinados límites e imperativos.

Por tener el carácter de garantista, su protección está en cabeza de los jueces, quienes tienen el deber de proteger por medio de las normas secundarias (normas procedimentales), las normas que se refieren a los derechos⁸. La diferencia entre la Constitución material y la Constitución formal, es que la última es meramente procedimental. Diferencia tan relevante y paralela como la de democracia material y procedimental⁹.

Por su parte, el jurista Juan Antonio García Amado (2007), quien es fiel representante de la teoría de la Constitución positiva, considera que independientemente de que la Constitución sea una norma positiva y por ende sean los

jueces sus garantes, lo que resulta ser evidente, porque hay tres aspectos que son determinantes: qué dice el texto, de qué forma lo dice y quién debe realizar la hermenéutica a lo que el texto dice¹⁰.

Es de trascendental importancia este último punto, pues al ser la Constitución un texto de carácter abierto puede prestarse para interpretaciones equívocas o exageradas, por parte de quienes realicen la labor de concretar lo que la Constitución dice, otorgando al texto significados que nunca tuvo, o extralimitándose en sus funciones hermenéuticas, confundiendo lo que en realidad se busca expresar en la Carta¹¹.

La tensión en el caso del constitucionalismo se puede evidenciar al ver qué se entiende por Constitución material y Constitución positivista¹². Se trata entonces de la tensión entre lo rígido y lo flexible, lo positivo y lo natural, entre Escila y Caribdis¹³. En este clivaje de conceptos, mal podría creerse tal ingenuidad, de aceptar solo uno como válido e infalible, pues como se decía en otro espacio, buscar una forma que resuelva todas las variables de la validez, la eficacia y la justicia, es tan descabellada e ingrata como la búsqueda de la piedra filosofal¹⁴.

7 El término clivage en francés o cleavage en inglés significa literalmente escisión o división, sin embargo, en estudios sociales se puede utilizar para significar separaciones de una misma unidad que intentan excluirse entre ellas, no en vano insiste en la pertinencia de este término el profesor Daniel Luis Seiller en sus estudios sobre separación de las ideologías política (Seiller, D. 1998 y 2003).

8 Según Prieto Sanchis (2007), quien trabaja con la idea de Constituciones materiales y garantistas, "Que una Constitución es material significa aquí que presenta un denso contenido sustantivo formado por unas normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices), pero de idéntico sentido, que es decir, al poder no solo como ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también que es lo que puede e incluso, a veces, que es lo que debe decidir. Constitución material se opone así a Constitución formal o meramente procedimental. Que una Constitución se halla garantizada significa sencillamente que, como ocurre con cualquier otra norma primaria, su protección o efectividad se encomienda a los jueces (...)" (p. 1).

9 El maestro Ferrajoli plantea en su obra, *Derecho y Razón* (1995), la necesidad de que las garantías busquen hacer realidad la democracia sustancial, así establece dos diversas tipologías de democracia Constitucional: una claramente formal, generada por los derechos de autonomía delimitada en quién y al cómo se decide, y una democracia de orden sustancial, determinada por la búsqueda de los derechos primarios, definiéndose en que es lo que se decide, esto es, lo que tiene que ver con los derechos individuales y sociales, como amparo al más débil debe funcionar como limitación a la dictadura de las mayorías, imponiendo a la democracia más valores que el simple capricho de las mayorías coyunturales.

10 Manifiesta al respecto: "Que la Constitución, como cualquier otra norma positiva, diga cosas y que los jueces sean garantes de la obligatoriedad de lo dicho es poca novedad. En cambio, lo determinante son tres cuestiones más concretas: como lo dice, que dice y quien interpreta o concreta lo que dice" (García, 2007, pp. 237- 238).

11 Al respecto señala: "La Constitución expresa más de lo que dicen sus palabras, de modo que se confunde lo que la Constitución dice (y no dice) con lo que dicen sus intérpretes que dice. No es una mera perogrullada si afirmamos que la Constitución dice lo que dice y solo dice lo que dice. Y, por tanto, tiene sentido la siguiente tripartición de lo decible por la constitución: a) cosas que la Constitución claramente dice, para mandarlas, prohibirlas o permitir las (ejemplo: que está prohibida la pena de muerte en tiempos de paz, art. 15 CE); b) cosas de las que no dice absolutamente nada (ejemplo: cuantos animales domésticos puedo tener en mi apartamento; y c) cosas de las que no sabemos si se dice algo o no, y en su caso que, pues depende de cómo interpretemos sus términos y enunciados (ejemplo: si la pareja estable no casada, o la homosexual, es <<familia>> o no a efectos de ser acreedora de la protección que demanda de los poderes públicos el art. 39 CE).

12 "El gran hallazgo del constitucionalismo es su insistencia en el valor dirimente de lo que <<dicen>> aquellos enunciados constitucionales que contienen la formulación de "valores, principios, derechos y directrices" (García, 2007, pp. 237- 238).

13 Entre Jean Valjean y Javer, podría decirse igualmente al tratarse las diferencias de apreciación en el mundo del derecho.

14 Así en su magistral ensayo <<el elogio de la dificultad>> Estanislao Zuleta explicaba cómo existe <<un verdadero abismo de la razón que consiste en la petición de un fundamento último e incondicionado de todas las cosas" (Zuleta, 2007, p. 2) Existe <abismo de validez>, el cual ha buscado, como los alquimistas, una piedra filosofal, la justicia, la eficacia y la validez de lo jurídico que explique todos los fenómenos y sustente su autoridad, así como las instituciones que de él se derivan. Esperar que exista un solo concepto que explique todas las formas de lo que se llama derechos y sus instituciones (La Corte Constitucional, por ejemplo), para que nos evoque la búsqueda de una vara mágica que convierta el polvo en oro (Higuera, 2009).

Es notorio, cómo lo es la mortal trampa de Escila y Caribdis, que las dos variables presentan ventajas y desventajas. El materialismo constitucional promete justicia a todos y abre la puerta a la arbitrariedad, mientras el positivismo constitucional plantea la seguridad de la ocurrencia de algunas injusticias, pero pretende asegurar la permanencia de las instituciones, así como Escila devoraba a algunos marinos; los demás sobrevivían mientras Caribdis ofrecía vida o muerte a todos, y lo que determinará en este caso la salida o no de Caribdis, es la justicia interna del fallador igualmente, lo que determinará la salida o no de Caribdis es la justicia interna del individuo¹⁵.

Nuestra postura, conformación de una tesis de transparencia metodológica

La verdad científica no puede entenderse en las Ciencias Sociales como la exposición cruda de verdades externas, la necesidad de consensos mínimos para la existencia de una tesis y de un lenguaje que la transmita en áreas como el derecho; no permite con facilidad una afirmación netamente objetiva, pues siempre un individuo es su intérprete y ya con esto se hace subjetiva.

Lo anterior, no quiere decir que se pueda ser arbitrarios con las tesis investigativas aquí expuestas, todo lo contrario, la honestidad intelectual dependerá de la solidez y metodología con las que se desprovea de arbitrariedad una idea y esta pueda ser expuesta con la mayor transparencia posible; así en este caso, mal podría tomarse como tesis irrefutable el constitucionalismo material, pero, al decir clara y explícitamente que con base en este se ha tomado una postura, todas las afirmaciones aquí hechas serán transparentes y quien desee cuestionarlas podrá hacerlo en esos términos¹⁶.

15 En el famoso mito Escila es descrita como un monstruo con torso de mujer y cola de pez, así como con seis perros partiendo de su cintura con dos patas cada uno, haciendo un total de doce. Este ser habitaba en un estrecho paso marítimo, en el lado opuesto a su contraparte Caribdis. Los lados del canal estaban dentro del alcance de una flecha, de modo que, los barcos que intentasen evitar a Caribdis deberían acercarse a Escila recíprocamente. En dicho mito Odiseo tenía dos opciones: Si decidía cruzar por la costa custodiada por Caribdis podía el monstruo aparecer y acabar con toda la tripulación o no aparecer y de esta manera, dejar a la totalidad de la tripulación sana y salva; por otra parte, si decidía acercarse a Escila era seguro que sacrificaría parte de su tripulación, pero el resto saldría ileso y podrían cruzar el canal. En esta difícil elección, Odiseo decide acercarse a Escila y sacrificar parte de su tripulación con el fin de que los que resultaran ilesos pudieran continuar con su viaje, y así, no arriesgarse a perder el barco completo con Caribdis (Homero, 2008).

16 A propósito Jorge Luis Borges expresa: "Quizá haya enemigos de mis opiniones, pero yo mismo, si espero un rato, puedo ser también enemigo de mis opiniones".

Sin embargo, si se realiza el análisis desde esta perspectiva, necesariamente, o en causalidad científica, si se quiere ser tecnicistas en los términos, el resultado será el mismo. Se ha decidido tomar esta tesis del materialismo constitucional por diversas razones.

No realidad de los contra argumentos

Las tesis como aquellas de García Amado sobre una Constitución positivista, que insiste en no encontrar más de lo que en realidad dicen las normas constitucionales, mal podrían entenderse como una anulación de las variables hermenéuticas que implican los procesos jurídicos, pues mal podría considerarse contrario a las exigencias formales del sistema de Derecho cualquier interpretación que permita concretar una norma (sostiene el doctor García Amado que los marcos constitucionales no regulan materias como el número de mascotas o los decibeles que se pueden producir en una residencia sin afectar derechos fundamentales).

Si se llegase a entender el sistema de Derecho en esos términos, se llegaría a situaciones tan extremas como afirmar que ninguna norma regula la velocidad adecuada para la prestación de contratos de transporte de automotores de color rojo, de las 11:30 las 12:30 en el municipio de Soacha, cuando en realidad se tiene una norma general, como todas las normas de derecho que se pueden aplicar a la más concreta de las situaciones, asimismo, no se necesitan detalles para poder aplicar el derecho a la igualdad o la libertad, y si de estos se desprenden decisiones concretas como el número de mascotas que se pueden tener en un conjunto residencial (como expresa irónicamente García Amado) o la imprescriptibilidad de un genocidio como crimen de lesa humanidad, simplemente se está dando vida al derecho y cumpliendo con su finalidad propiamente dicha. En todo caso, más allá de las estigmatizaciones que pretendan hacerse en favor de una u otra postura siempre que se tenga presente la diferencia entre disposición y norma, se verá con facilidad como la concreción de esas disposiciones no constituye una afrenta del marco jurídico y donde en realidad existirá necesidad de estudio respecto de los límites y la competencia será en términos de hermenéutica y no de límites implícitos a las disposiciones y normas. Finalmente, frente al supuesto riesgo latente de un gobierno de los Jueces o de una afectación al sistema de fuentes, se debe insistir en que este se evita con un adecuado respeto del precedente judicial y las cargas argumentativas que de este se derivan.

Optimizar, mejor ponderar que hablar de núcleos esenciales

Si se entienden los derechos contenidos en el marco constitucional como aplicables solo a través de métodos de subsunción, estos perderían toda capacidad para cumplir sus verdaderos fines, después de todo, no funcionarían en razón a los intereses de la comunidad y los ciudadanos, sino como marcos sujetos de elusión en aparente legitimidad por parte del Estado.

Igualmente, sería ingenuo pensar que estos en ningún momento chocarían entre sí. Por lo cual, habría dos posiciones enfrentadas, la violación flagrante de alguno de los dos o la imposibilidad de aplicarlos, para esto y en búsqueda de un mejor resultado se debe perseguir la medida adecuada, en la que se debe extender cada uno por tratarse de pretensiones de máximos y no de mínimos en los intereses de la comunidad¹⁷.

No se trata de ambigüedad naturalista. Pues no se trata de simples reflexiones sobre lo moral y lo justo, después de todo se han positivizado marcos morales que deben respetar el sistema de fuentes positivas, pero teniendo una guía de orden ético para que el derecho cumpla sus fines, es una especie de camino de Escila lo más lejos posible de esta, donde se corren riesgos de sacrificio pero mucho menores que en la exégesis, según la cual si no se prohíben la infinitas posibilidades de vulneración de un derecho de forma explícita, estos serían vulnerados. Esta diferencia de normas se ven en las reglas, principios y valores.

Constitucionalismo positivo y material, "se diferencian estructuralmente en la concepción tripartita o bipartita"¹⁸ (Carbonell, 2007, p. 238), según la cual las Constituciones prohíben, mandan y omiten algunos aspectos o los regulan todos; al mismo tiempo que los jueces constitucionales deben ser legisladores negativos o tomar decisiones activas en el sistema de de-

recho de una comunidad, duda conceptual abstracta que debe ser desestimada en el caso colombiano, la Carta suprema como lo expresa Higuera (2009), es el resultado de un acto transparente de soberanía popular superior al Congreso de la República y a las limitaciones impuestas en la Constitución de 1886, posee una regulación constitucional en la cual lo permitido se encuentra en el reconocimiento constitucional, con una declaración de valores que irradian todo el sistema de derecho (la vida, el trabajo, la justicia, etc.), amparados en una jurisdicción constitucional con competencia positivas y negativas.

En el caso colombiano, es claro como el juez constitucional no solo tiene competencias como legislador negativo, derivadas del control de constitucionalidad normativo (Constitución Política, 1991, art. 241) sino auténticas competencias positivas o prescriptivas en el amparo de los derechos fundamentales, mediante acciones concretas como la tutela (artículos 86, 87 y 88 de la Constitución). "Competencias dirigidas al amparo y realización de los derechos en su materialidad no en su mera apariencia procedimental" (Ferrajoli, 2001, p. 369)¹⁹, después de todo esto es lo que interesa.

APROXIMACIONES A LA CONCEPCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. EL TRATAMIENTO EVOLUCIONADO DE DERECHOS SUBJETIVOS

Según Rodrigo Uprimny (2011), a sus 20 años la Constitución de 1991 demostró ser el más importante pacto social y político de ampliación democrática y modernización institucional de las últimas décadas. La historia previa a la creación de la Carta Política se encuentra marcada por circunstancias sociales, jurídicas y culturales, de las que depende el reconocimiento que hoy en día se ventila sobre los derechos fundamentales, de los cuales se predica su exigibilidad y que a la luz de la óptica del constitucionalismo moderno deben ser entendidos bajo una concepción evolucionada, tal y como se explicará en líneas posteriores.

De acuerdo a lo anterior, es posible evidenciar que, con la creación de la Carta Política de 1991 se crean instituciones, las cuales se han encargado de la protección y amparo del catálogo de Derechos Fundamentales introducido en dicho ordenamiento.

17 En este sentido tiene gran importancia la propuesta de precisión conceptual dada por (Castaño, 2007) sobre la "Constitución Jurídica". "Como punto de referencia de la interpretación constitucional, varía el sentido del análisis clásico a lo que estuvieron acostumbrados los juristas" (p. 79).

18 (...) tiene sentido la siguiente tripartición por lo decible de la Constitución: a) cosas que la Constitución claramente dice, para mandarlos, prohibirlas, o permitirlos (Ejemplo: que está prohibida la pena de muerte en tiempos de paz, art.15 C.E); b) cosas de las que no se dice absolutamente nada (Ejemplo: cuantos animales domésticos puedo tener en mi apartamento); c) cosas de las que no sabemos si dice algo o no, y en su caso que, pues depende de cómo interpretemos sus términos y enunciados (Ejemplo: si la pareja estable no casada, o la homosexual, es "familia" o no a efectos de ser acreedora de la protección que demanda de los poderes públicos el art. 39).

19 "Se confirma así el papel de los Derechos Fundamentales como leyes del más débil y, al mismo tiempo, como criterios para trazar los confines entre el respeto a todos los individuos en cuanto personas y el debido respeto a sus diferencias culturales".

En este sentido, la Corte Constitucional en palabras de Eisenmann (1986), ha sido una de las instituciones que más ha contribuido a la puesta en marcha de la Constitución de 1991. A lo largo de sus casi 20 años de existencia, este tribunal ha tomado decisiones trascendentales que han cambiado el panorama de los derechos, de las relaciones entre los poderes públicos y de la vida política nacional, aún a pesar de las afirmaciones de quienes intenten deslegitimar esta importante labor, parte natural de una democracia.

Así, se resalta el proceso que ha tenido que atravesar la Carta Política de 1991, en la lucha de protección de los derechos inherentes al ser humano, de tal suerte que, resumiendo lo que se ha realizado en líneas precedentes, es posible hacerlo de la siguiente manera:

Se trató de un proceso en el cual no se intervenía en temas que tuvieran impacto político -no existía Corte Constitucional- y los derechos eran precisos y se aplicaban a través de las leyes -no existía la Tutela-; hasta llegar, a partir de la Constitución Política de 1991, a un reconocimiento y amparo de las prerrogativas esenciales del individuo como sujeto de derechos, a través de mecanismos e instituciones cuyo objetivo es la consecución del bienestar común (García Villegas & Uprimny Yepes, 2011, p. 1).

De acuerdo a lo anterior, es posible evidenciar que con la creación de la Carta Política de 1991 se crean instituciones -Corte Constitucional-, las cuales se han encargado de la protección y amparo del catálogo de Derechos Fundamentales, introducidos en dicho ordenamiento²⁰ (García Villegas & Uprimny Yepes, 2011, p. 1).

Conviene establecer entonces lo que se entiende por Derechos Fundamentales²¹, de modo que autores como Tulio E. Chinchilla (2009), los define como derechos humanos constitucionalizados y con garantía re-

forzada, señalando en este sentido que han adquirido la positivización necesaria, en el orden constitucional y que, por lo tanto, logran un alto grado de certeza y posibilidad garante efectiva, propias de lo que se conoce tradicionalmente con la expresión de derecho subjetivo. Sin embargo, el dilema de la positivización de estos derechos ha sucedido en un doble plano, entendiéndolos desde la órbita interna y la externa. Así, en el plano interno, fueron fijados principalmente entre los artículos 11 al 40 de la Constitución. A la vez, respecto del plano externo se toman como referencia instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José.

Como lo ha señalado la propia Corte Constitucional, su postura respecto de la concepción de derecho fundamental, “ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata” (Corte Constitucional colombiana, Sentencia SU-225, 1998) y “la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona” (Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-1306, 2000).

Aunque la Corte ha coincidido en señalar que el carácter fundamental de un derecho no se debe a que el texto constitucional lo diga expresamente cómo en la tendencia material expuesta por Alexy (1993), o a que ubique el artículo correspondiente dentro de un determinado capítulo (cómo en la tendencia formal (García, 1996), no existe en su jurisprudencia una postura unívoca respecto a qué se ha de entender por derecho fundamental²².

En este sentido, teniendo en cuenta la situación que se plantea, para lograr concebir de manera conceptual lo que se ha de entender por derecho fundamental, es menester recurrir a una Teoría del Consenso, en virtud de la cual:

(...) los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible (...) (Corte Constitucional colombiana, Sentencia T - 418, 1992).

20 Así, se resalta el proceso que ha tenido que atravesar la Carta Política de 1991 en la lucha de protección de los derechos inherentes al ser humano, de tal suerte que, resumiendo lo que se ha realizado en líneas precedentes, es posible hacerlo de la siguiente manera: “Se trató de un proceso en el cual no se intervenía en temas que tuvieran impacto político -no existía Corte Constitucional- y los derechos eran precisos y se aplicaban a través de las leyes -no existía la Tutela-; hasta llegar, a partir de la Constitución Política de 1991, a un reconocimiento y amparo de las prerrogativas esenciales del individuo como sujeto de derechos; a través de mecanismos e instituciones cuyo objetivo es la consecución del bienestar común”.

21 Puede tenerse en cuenta que, el nacimiento de estos derechos suele señalarse en las primeras formas de positivización, acontecidas a finales del siglo XVIII, siendo sus referentes, la Declaración de Derechos de Virginia del 12 de Junio de 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de Agosto de 1789.

22 Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-418,1992).

De esta manera, los derechos fundamentales, bajo la teoría que se propone, constituyen garantías que sitúan al hombre en una situación superior en el universo social en que interactúa y le permiten conservar su personalidad propiamente dicha.

Así, en términos de Arango (2004), se trata de los derechos fundamentales que protegen la vida, proscriben la tortura, aseguran su igualdad, amparan su derecho a la intimidad, salvaguardan su honra, preservan el derecho al trabajo, garantizan su bienestar entendido como la conservación de su salud, entre otros derechos que así no estén consagrados expresamente en el texto, no pueden negarse, como aquellos que siendo inherentes a la persona, no están enunciados en la Carta. Entonces, bajo los argumentos expuestos, las prerrogativas subjetivas según Arango (2005), pueden ser concebidas como un poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo; aspecto que se pretende garantizar con la propia Carta Política de 1991.

Desde un concepto evolucionado de los Derechos Subjetivos, su titularidad y su ejercicio o protección no se ven como algo separado, sino conexo. Un concepto evolucionado de derechos subjetivos posee un componente esencial, el cual se trata de criterios requeridos para garantizar su uso efectivo; esto es, ofrece parámetros que permiten el reconocimiento de la violación de los derechos en cada caso.

Entonces, el mencionado concepto puede enunciarse y entenderse de la siguiente manera: “Un derecho subjetivo es una posición normativa basada en razones válidas y suficientes, cuyo no-reconocimiento injustificado amenaza causar un daño inminente a su titular” (Arango, 2002, p. 104). Como lo explica el maestro Arango en su obra *Promoción de los Derechos Sociales Constitucionales por Vía de Protección Judicial*.

Para el caso en concreto, que gira entorno a la salud, es pertinente señalar su naturaleza jurídica, para que de esta forma sea factible determinar si se enmarca dentro de la concepción evolucionada de derechos subjetivos y por ende, es exigible su materialización por vía judicial de manera autónoma²³.

23 La existencia de vías útiles de protección judicial es un elemento necesario en los derechos fundamentales, como consta en los múltiples acuerdos internacionales y en la misma Constitución colombiana (artículos 86, 87, 88 y 241), no obstante, se insiste en que no por eso el término se reduce a la acción de tutela, sino que son necesarios mecanismos de protección de diversa índole, lo cual además de las acciones concretas, tutelas, populares, cumplimiento y de grupo, son indispensables las vías de protección en control de constitucionalidad abstracto o normativo.

En este sentido, el tema de la protección del derecho a la salud tiende a generar debate en dos sentidos relacionados con su naturaleza jurídica. Por una parte, surge el interrogante en cuanto a si es un derecho fundamental en sí mismo autónomo, o si lo es por conexidad con el derecho a la vida y otros derechos, lo cual deberá determinarse conforme criterios sustanciales y procedimentales que se examinan a lo largo del presente estudio²⁴.

La salud en perspectiva de derechos humanos se enmarca en la normatividad internacional y en consecuencia, en el cumplimiento de las obligaciones que son responsabilidad del Estado colombiano, adquiridas al suscribir los pactos internacionales pertinentes al tema²⁵.

Tanto los derechos reconocidos expresamente como fundamentales, es decir, aquellos que asumen la protección del individuo frente al mismo poder del Estado, bien sea en la defensa de su libertad, vida, igualdad ante la ley, entre otros; como los derechos prestacionales, la salud entre ellos, requieren para su efectiva realización la intervención activa y positiva del Estado.

Algunos sectores doctrinarios y políticos (Uprimny, 2008), tienden a cuestionar la fuerza jurídica de los derechos sociales y su entendimiento como derechos exigibles, con el argumento de que se trata de derechos de realización progresiva, que requieren la asignación de recursos y desarrollos legales, de manera que su satisfacción depende de la voluntad de los órganos políticos de decisión, en especial de los parlamentos²⁶.

24 Las obligaciones del Estado colombiano a partir de la suscripción, adhesión y ratificación de los pactos y tratados de derechos humanos se entienden incorporadas al ordenamiento nacional bajo el concepto de “bloque de constitucionalidad”. La Corte Constitucional le ha dado tres implicaciones a dicho concepto: i) normas y principios con rango constitucional; ii) normas y principios que sirven como parámetros para analizar la constitucionalidad de una disposición; iii) instrumentos jurídicos relevantes para valorar una situación fáctica específica y decidir un caso constitucional particular.

25 La Constitución Política de Colombia expresa en su Artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

26 En todo caso, las pretensiones dirigidas a lo que debería y debe ser, son fórmulas intrínsecamente diferentes, pues sólo las últimas poseen una naturaleza propiamente jurídicas, donde al hecho X debe darse la consecuencia y, diferente a lo que sucede en los hechos de la naturaleza donde las cosas son y con los estudios de filosofía axiológica o política donde se analiza que debería ser, lo cual implica, claro, un cambio y no una aplicación, como sucede con el derecho.

Para otro sector de la doctrina y para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)²⁷ esto no es así, pues se ha mostrado que hay obligaciones de realización inmediata en relación con los derechos sociales y que para el caso de salud son también determinadas (Naciones Unidas, 2000).

Así, a nivel de instrumentos de carácter internacional, por parte del Comité de Derechos Sociales Económicos y Culturales (2000), se ha caracterizado a la salud como un Derecho Humano Fundamental, el cual debe ser amparado a todas las personas, esto es un desarrollo del artículo 12 del Pacto de DESC, que entre otras cosas, establece que los Estados deben crear “condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”, lo que implica, en el sentir del Comité, un desarrollo del principio de igualdad en salud, que supone no solo la prohibición de discriminar en el acceso a esos servicios, sino el deber de las autoridades de apoyar a los sectores menos favorecidos.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993); concluyó que estos derechos tienen la misma categoría, importancia, origen, titular y destinatario que los demás; pertenecen a todos los miembros de la familia humana (universales) y son reclamables al Estado, obligado a su promoción y protección. Tal como se conceptualiza en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la salud es un bien jurídico exigible al Estado como parte de la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

De esta manera, es factible concluir por el momento que, tal y como lo han señalado algunos autores (Abramovich & Courtis, 2002), la diferencia sobre la concepción de la naturaleza jurídica del derecho a la salud debe relativizarse, pues los derechos sociales también tienen obligaciones de inmediato cumplimiento como la prohibición de discriminación y el mandato de progresividad no es una autorización para la inacción de los Estados.

DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES A LA SENTENCIA T-760 DE 2008. CONSIDERACIONES SOBRE LA FUNDAMENTALIZACIÓN DE LA SALUD EN LA CARTA POLÍTICA DE 1991

Antes de la Constitución Política de 1991, el derecho a la salud no tenía un claro reconocimiento constitucio-

27 El Comité DESC es el órgano de supervisión del Pacto y está encargado de vigilar el cumplimiento de sus disposiciones y de asegurar la correcta interpretación de cada una de ellas.

nal²⁸, a pesar de los avances indudables que en materia de derechos sociales significaron la reforma constitucional de 1936 y la ratificación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esta situación cambia con la Constitución de 1991, que señala como fin del Estado el garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma -artículo 2º-, en el marco del Estado social de derecho. La Corte Constitucional al respecto ha precisado:

(...) la connotación de social supera la concepción del Estado de Derecho en que las instituciones y la ley sólo garantizaban formalmente las libertades y los derechos, sin la preocupación más profunda de hacer realidad el contenido material de los derechos y libertades (Sentencia T-406, 1992).

A partir de 1991, el *derecho a la salud* quedó formalmente consagrado en la Constitución Política de Colombia, y le correspondió al Estado en palabras de Manuel Fernando Quinche (2009), organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud a todos los habitantes del territorio nacional.

Adicionalmente, Colombia ya había ratificado Tratados de Derechos Humanos²⁹, en especial el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966), que en su artículo 14 establece el derecho de todas las personas al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Bajo los postulados de la sentencia T-760 de 2008, el derecho a la salud es expresado como un derecho fundamental autónomo y una necesidad básica humana que supone “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de dolencia o enfermedad”.

El derecho a la salud para Manuel Fernando Quinche (2009), es un derecho habilitante de otros derechos: en ningún otro derecho como en el de la salud se observa la interdependencia entre los derechos tan claramente como en este. Las condiciones de salud de una perso-

28 No sobra recordar que en vigencia de la Constitución de 1886, no existía materialmente un marco dogmático constitucional que implementará una tabla de derechos judicializables.

29 Conforme los instrumentos de carácter internacional que se han tratado a lo largo del presente estudio, se tiene que, en virtud del Artículo 93 de la Carta Política, con el denominado bloque de constitucionalidad, la recepción del derecho a la salud por dicho ordenamiento implica también la constitucionalización de los estándares internacionales sobre el precito derecho.

na varían según el grado de libertad en que viva, o de la vivienda que habita, del acceso a alimentación adecuada, vestido y trabajo. El Estado social de derecho pretende garantizar los denominados derechos sociales mediante su reconocimiento en la legislación y mediante políticas activas de protección social, de protección a la infancia, a la vejez, frente a la enfermedad y al desempleo, de integración de las clases sociales menos favorecidas.

Entonces, de acuerdo a lo que se ha esbozado, por medio de la Sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional consideró que la naturaleza esencialmente prestacional de los Derechos Sociales no excluye que estos puedan ser fundamentales en ciertos aspectos, y considera que no pueden declararse vacías de contenido las obligaciones de las autoridades para lograr la plena realización de tales derechos.

Por consiguiente, conforme a la mentada doctrina internacional y constitucional, el derecho a la salud es un derecho humano fundamental, que aunque es de desarrollo progresivo, impone a las autoridades estatales obligaciones específicas inmediatas.

La adopción de la fórmula constitucional del Estado social y democrático de derecho, permitió entonces una incorporación vigorosa de los derechos sociales en general y del derecho a la salud en particular.

A pesar de la euforia despertada en algunos sectores de la doctrina sobre la Sentencia T-760 de 2008, se debe decir que esta no define la naturaleza fundamental del derecho a la salud, al respecto se manifiesta la Honorable Corte: "La Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud. En la presente sentencia, la Sala de Revisión no entra a analizar el concepto de 'derecho fundamental'" (Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-760, 2008).

No obstante, la Corporación se expresa en la mentada decisión:

En conclusión, la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos, (1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados (Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-760, 2008).

Y dejando clara la procedibilidad de la acción de tutela para proteger el derecho a la salud manifiesta:

En el caso en que el juez de tutela constata la violación de una faceta prestacional de un derecho fundamental, debe protegerlo adoptando órdenes encaminadas a garantizar su goce efectivo, pero que a su vez sean respetuosas del proceso público de debate, decisión y ejecución de políticas, propio de una democracia (Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-760, 2008).

LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO PARA LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD CONCEBIDO COMO SOCIAL FUNDAMENTAL

Conforme los instrumentos de carácter internacional que se han tratado a lo largo del presente estudio, se tiene que, en virtud del Artículo 93 de la Carta Política, con el denominado bloque de constitucionalidad, la recepción del derecho a la salud por dicho ordenamiento implica también la constitucionalización de los estándares internacionales sobre el precito derecho.

Pese a la recepción interna de los estamentos internacionales que versan sobre derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional, la Carta Política posee otros desarrollos mucho más específicos respecto de este derecho que pasan a abordarse.

En primer lugar, con el papel de la Corte Constitucional se ha admitido la protección del derecho a la salud por vía de Tutela, con lo cual se ha desarrollado su justiciabilidad para este tipo de derechos sociales.

En este sentido, el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional ha mostrado a través de su jurisprudencia como la Sentencia T-760 de 2008, otras dimensiones que incumben al derecho a la salud, en lo cual coincide con lo que se ha planteado a nivel internacional que se ha dejado expuesto en líneas precedentes, de manera pues que, se ha encargado de desarrollar temáticas que tienen que ver con los problemas asociados a los derechos de los usuarios, los cuales no sólo versan sobre el acceso al sistema de salud, sino que, involucran sus derechos en el propio acto médico.

De lo establecido hasta el momento, se evidencia plenamente que el derecho a la salud, tanto en los tratados de derechos humanos como en la Constitución Política de 1991, impone al Estado colombiano una

serie de obligaciones, destinadas a lograr la plena realización de ese derecho.

De acuerdo a lo anterior, la Corte Constitucional ha considerado que la salud es un Derecho de carácter prestacional y un servicio público que se encuentra sujeto a regulación del Estado. Por esta razón, el derecho a la salud, en principio, no se considera un derecho fundamental de aplicación inmediata y susceptible de ser exigido judicialmente mediante acción de tutela.

Sin embargo, también ha indicado la Corte que, el carácter fundamental de un derecho no está determinado a priori y no depende exclusivamente de la ubicación del artículo que lo consagra dentro de los títulos y capítulos de la Constitución, sino ante todo, de su contenido material³⁰, y por tal razón, debe evaluarse en cada caso concreto. Así, apelando a los pronunciamientos del máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional, se han estructurado tres elementos según Parra (2003), plenamente identificables en virtud de los cuales el derecho a la Salud puede entenderse como un derecho susceptible de ser protegido mediante acción de Tutela. De este modo, se tienen los siguientes supuestos:

1. El primer supuesto, atiende a la situación cuando es posible establecer conexidad entre el Derecho a la Salud y otros derechos fundamentales, de manera que, en estos casos, un derecho que, en principio no tiene el carácter de fundamental puede ser considerado como tal debido a su estrecha relación con aquel³¹. Debe resaltarse en este sentido la tesis de la conex-

dad que fue esbozada por la Corte Constitucional para la protección de los derechos sociales. Dicha tesis ha sido aplicada en relación con el derecho a la salud en el entendido que:

(...) los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida (...)³² (Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-71, 1992).

2. El segundo supuesto en virtud del cual el derecho a la salud se entiende como derecho fundamental autónomo, se configura cuando se trata de la protección de aquellas personas que se encuentran en especiales condiciones de vulnerabilidad, lo cual las convierte en sujetos especiales de protección constitucional.

Bajo la situación descrita, se encuentran los niños en tanto que la Constitución expresamente otorga el carácter de fundamental a sus derechos, y entre ellos el derecho a la salud³³. Al respecto la Corte ha sostenido que el derecho a la salud en el caso de los niños en cuanto derivado necesario de la vida y para garantizar la dignidad; es un derecho fundamental prevalente y por lo tanto, de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial.

Igualmente, se consideran sujetos de especial protección constitucional y respecto de ellos el derecho a la salud se considera un derecho fundamental, las personas en situación de discapacidad, la madre y el que está por nacer, las personas de la tercera edad, las minorías étnicas, los desplazados y los reclusos. De la misma manera, la Corte ha afirmado que el derecho a la salud es fundamental respecto de sectores económicamente vulnerables de la población.

30 Ha sostenido la jurisprudencia constitucional que la circunscripción de los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Carta Política bajo el título que lleva ese mismo nombre, excluyendo de tal condición cualquier otro derecho que se indique en un lugar distinto del texto, no es aceptable como único y determinante criterio, pues desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el Constituyente de 1991, específicamente cuando declaró en el artículo 93 que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

31 Sostiene el órgano constitucional, “La Corte con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales” (Corte Constitucional colombiana, Sentencia SU-225, 1998).

32 Se debe dejar anotación de que la conexidad se ha aceptado con el derecho a la integridad y con la Dignidad Humana.

33 Sentencia T-656/05 (...) los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental y autónoma por expresa disposición del artículo 44 de la Constitución Política y de conformidad con los tratados internacionales suscritos por Colombia sobre el tema.

3. El tercer supuesto representa el avance más importante en cuanto a la consolidación de la doctrina constitucional para la exigibilidad de los derechos sociales; ya que permite que en ciertas circunstancias el derecho a la salud pueda ser considerado como derecho fundamental autónomo. Lo anterior ocurre debido a la existencia de una legislación que se ha encargado de desarrollar de manera amplia su contenido, en virtud de lo cual convierte el derecho prestacional en un derecho subjetivo, del que se derivan las correlativas obligaciones estatales de garantía, protección y respeto. La Corte Constitucional ha dicho al respecto:

Puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado... Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas contributivo, subsidiado, etc. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el POS, se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental (Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-089, 2003).

Así, la acción de tutela es concebida como uno de los mayores logros del constituyente de 1991. La importancia que este recurso tiene en la garantía y defensa de los derechos es incomparable con cualquier otro procedimiento judicial previsto en la Constitución y las leyes. En el caso del derecho a la salud, es necesario reconocer que la acción de tutela ha operado como una alternativa de acceso al goce efectivo del mismo (Vélez, 2000).

Entonces, la presentación de acciones de tutela para exigir o reclamar la defensa del derecho a la salud, se ha verificado desde la entrada en vigencia de la Constitución en 1991, y la Corte Constitucional en sus primeros fallos del año 1992, se pronunció sobre

el alcance de los deberes estatales en la realización de los derechos sociales, y particularmente en relación con el derecho a la salud.

Adicionalmente, cabe mencionar que las tutelas por este derecho configuran una de las circunstancias excepcionales en las que la ley expresamente, permite que se pueda hacer uso de este recurso contra los particulares que están encargados de la prestación de un servicio público.

A ello se suman los casos en que se ha aceptado la procedibilidad excepcional de la acción de tutela, en razón de la conexidad del derecho a la salud con el derecho a un ambiente sano; y por esta vía se han amparado situaciones relacionadas con la salud pública, como la disponibilidad de agua potable, el saneamiento básico y la debida prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, entre otros. Como se observa, hay una serie de reglas jurisprudenciales creadas por la Corte Constitucional que determinan el ámbito en el que es procedente la tutela y que definen el marco en el cual esta debe ser considerada³⁴.

Por eso aquí, la tutela no solo es el único remedio efectivo sino que además, es imprescindible; pues resulta siendo un mecanismo no únicamente de control de la calidad de los servicios, sino un límite a la arbitrariedad y al desconocimiento de la ley; por parte de los actores del sistema.

Diferencia entre la procedibilidad de las acciones y la naturaleza fundamental de los derechos. Una cuestión de optimización

Como se expresaba en párrafos anteriores, la Constitución Política, es una norma jurídica que además de ser el acta política de conformación de un Estado, cuenta con supremacía normativa frente a las demás, y es aplicable directamente. Sin embargo, en este as-

34 Puede verse la Sentencia T-152 de 2006, "En relación con el derecho a la salud, la Corte ha señalado que prima facie, no es un derecho fundamental, habida consideración del carácter asistencial o prestacional que lo caracteriza. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha contemplado diversos escenarios donde, bien sea por conexidad, bien sea autónomamente, la salud adquiere el rango de derecho fundamental, y por lo tanto, es factible su protección a través del ejercicio de la acción de tutela" (Corte Constitucional colombiana, T-151, 2006). Y continúa "(...) la Corte ha considerado el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo, cuando una EPS se niega a la prestación de un servicio incluido en el POS y con dicha actuación se vulnera el derecho a la salud".

pecto surge un debate respecto de la naturaleza de las normas³⁵ que contiene, y que según Manuel Fernando Quinche (2009), generalmente es resuelto con la teoría de reglas, principios y valores. Pues bien, para vislumbrar un poco lo que estos conceptos implican y siguiendo a Robert Alexy (2007) en su Epílogo a la *Teoría de los Derechos Fundamentales*, se puede decir que las reglas ordenan una consecuencia jurídica definitiva, lo cual implica como principal característica de este tipo de normas que se manifiestan en forma de mandato, prohibición o permisión, y en lo que a su aplicación respecta, la regla debe ser subsumida; es decir, aplicar las premisas de la norma al caso concreto para resolverlo. Así las cosas, las reglas son normas de aplicación directa³⁶.

Ahora, esta clasificación de normas señala que algunas de aquellas pueden presentarse como principios, los cuales ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Según Alexy (2007), los principios como normas tienen la característica de poseer contenido indeterminado pero no así inconcreto, por lo tanto, presentan un margen de interpretación relativamente abierto lo cual hace que para su aplicación se requiera de ponderación, que se explicará en el acápite posterior (Bernal, 2005).

Finalmente, terminando con esta clasificación aparecen los valores, que son normas abiertas y sumamente abstractas, lo cual implica que su aplicación se limite a servir de meros criterios interpretativos, que denotan un carácter axiológico a la Constitución, funcionando como criterio hermenéutico de los otros tipos de normas.

Bernal (2005) considera que no se debe perder de vista que una gran parte de las normas constitucionales, se presentan en forma de principios, sobre todo lo que respecta a los derechos fundamentales individuales, los derechos sociales económicos y culturales y los derechos colectivos y del medio ambiente. Para efectos de una mejor comprensión y buscando

a toda costa evitar vaguedades conceptuales, se hará referencia a los derechos anteriormente nombrados, también conocidos como derechos de primera, segunda y tercera generación; como derechos constitucionales fundamentales.

RAZONABILIDAD Y PONDERACIÓN EN LOS DERECHOS DE SEGUNDA GENERACIÓN

Cuando se habla de derechos fundamentales de acuerdo con lo expuesto por Alexy (2007), se debe tener en cuenta que se habla de principios como elementos definitorios y por ende, se deben comprender con base en sus características, esto es, como mandatos de optimización aplicables bajo el principio de proporcionalidad, de contera, se entiende la necesidad implícita de hacer uso de los tres sub-principios propios a la ponderación como lo son el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en su forma estricta. A continuación se procederá a desarrollar dichos sub-principios en su forma más sintética.

Idoneidad, de este subprincipio se puede predicar que si se va a intervenir un derecho fundamental, dicha intervención debe ser adecuada, esto con la finalidad de conseguir un ejercicio legítimo del derecho. En caso de intervenir un derecho fundamental en pro de otro derecho fundamental, dicha intervención tiene como límite el hecho de que tal intervención, debe ser perjudicial en la menor medida posible.

De la proporcionalidad (en *stricto sensu*), aquí se tienen en cuenta las posibles ventajas que nacen de limitar el campo de acción de un determinado derecho fundamental de cara a otro, lo cual se hace de forma antagónica con respecto a los posibles sacrificios que el titular deberá realizar³⁷.

Desde esta perspectiva se puede decir que el grado según el cual un derecho fundamental se realiza dentro de los límites de lo que es una realización legítima, deben ser equivalentes con respecto a la afectación del derecho fundamental con el cual está en colisión.

Ahora bien, este subprincipio es susceptible de la aplicación de la llamada fórmula de peso (Alexy, 2007), el cual establece tres criterios con bases numéricas como son: el peso abstracto del principio, el peso concreto del principio y por último, la certeza de las premisas.

35 La diferencia entre las disposiciones o prescripciones y las normas debe ser retomada en este punto, tienen una diferencia muy relevante, mientras las primeras son el simple texto, del cual no se puede deducirse ninguna consecuencia jurídica, según Bernal (2005), las normas son el criterio jurídico una vez interpretado el texto, con lo cual estarán establecidos los criterios mandados, prohibidos o permitidos (Hohfeld, 2001).

36 Esta aplicación se realiza mediante el silogismo judicial Schreiber (1999), por el que se establecerá qué "es derecho", es decir, que se traducirá en una verdad necesaria desde el punto de vista jurídico, pues su definición es dada por el postulado mismo, en este caso bajo estudio, donde a la fórmula de regla P entonces Q, donde en la estructura normativa P es la condición de hecho y Q la consecuencia (sanción jurídica), se subsumen los hechos w, pudiendo nosotros determinar la consecuencia jurídica Pw entonces Qw.

37 Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro (Alexy, 2007, p. 41).

Con base en lo anterior, se puede decir que dentro del catálogo de lo que vienen a ser los derechos constitucionales fundamentales, se pueden contar los DESC (Derechos Económicos, Sociales y Culturales), esto debido a que si bien es cierto en primera medida no son derechos fundamentales por su nominación, si lo vienen a ser desde el punto de vista que pertenecen al texto constitucional y en este, todos los derechos gozan de una concepción de igualdad en su forma más abstracta. Desde este punto de vista no basta con excusarse en la doctrina tradicional de prelación de los derechos según la generación de la cual provenga, al igual que, tampoco es predicable el uso del concepto *genes proximum*, para resolver las colisiones entre derechos y/o principios, por lo tanto, y con base en lo expuesto se puede decir que el criterio óptimo para resolver colisiones entre derechos sin importar su ubicación en el texto constitucional debe ser el test de ponderación.

Ahora bien, si se tiene en cuenta el hecho que el test de ponderación fue creado para solucionar las colisiones entre derechos fundamentales, no es difícil llegar a predicar que los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto junto con su evaluación de peso abstracto del principio, peso concreto del principio y veracidad de las premisas, también le son aplicables a los llamados impropriadamente derechos de segunda y tercera generación, ya que pese a no ser valorados en sus primeras etapas como derechos fundamentales, sí se les puede considerar como fundamentales en una etapa posterior, esto desde la perspectiva de que todos estos derechos se encuentran estipulados en el texto constitucional y por ende, son derechos constitucionales fundamentales. Ahora bien, desde este punto de vista se deriva como conclusión primaria el hecho de que al ser derechos constitucionales fundamentales, del mismo modo vienen a ser principios, siendo así la solución más viable. En derecho siempre se actuará con la aplicación del test de ponderación.

TODOS LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUCIONALES EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En Colombia el problema conceptual frente a la concepción de Derecho fundamental deriva del hecho de haber leído estos como sinónimo de tutelables (protegibles por acción expedita), conforme el artícu-

lo 86 de la Constitución³⁸, sin embargo, la interpretación literal y procesalista se limita al momento de explicar, qué es en sí un derecho fundamental.

Las acciones son consecuencias de la importancia que se le otorga a un derecho, pero no su esencia misma³⁹, pues se olvidaría que, si fundamental es un derecho de mayor jerarquía, de prioridad, tienen que serlo todos los derechos de la Constitución, no existiendo una tabla de jerarquías a priori entre los preceptos constitucionales, debiendo resolverse las dudas de aplicación e interpretación en los casos concretos, premisa aceptada generalmente en la teoría constitucional, pues mal podría pensarse en una escala de normas al interior de la Constitución, ella es, como conjunto, la norma suprema, de lo contrario, según Tobo (2006), se verían forzados a declarar la inexecutable de los preceptos de inferior jerarquía, paradoja inconciliable con un sistema sólido de derecho.

La concepción de la Constitución como norma suprema impone que todas sus normas sean de igual jerarquía; y si tienen que ser de igual orden, los derechos serían todos fundamentales, o se estaría presentando un problema conceptual, porque alegando derechos de “primera generación” se generarían jerarquías, donde a manera de ejemplo, la libertad

38 El Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia sostiene “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 actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los 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”.

39 “El Estado constitucional debe ser social, democrático y de Derecho para que sea tal. Así lo ha comprendido la Corte Constitucional colombiana, de lo contrario, faltando al menos una de estas características, no será más que un arquetipo que legitimara a quienes gobiernan pero que no vincula a la base social, al ciudadano. En el propio y particular Estado Colombiano, se creará, se confiará o se respaldará solo en la medida que reúna tales requisitos” (Castaño, 2007, p. 78).

de empresa pueda destruir el medio ambiente o la libertad de cultos perseguir a los centros educativos⁴⁰.

Esta equivalencia normativa de los derechos fundamentales permite que todos ellos sean criterio de control de constitucionalidad⁴¹ y que de sus vulneraciones por parte del legislativo se pueda declarar la inexecutable⁴² de una norma, sin embargo según García (2007), no se trata de una problemática de judicialización del derecho, en la cual se despoje de su legitimidad democrática al legislador, como lo han planteado, pues este podrá regular los derechos fundamentales e incluso limitarlos siempre que sea razonabilizando esa intervención en ellos, pero si su intervención no se hace justificadamente deberá desproveerse de valor jurídico esa norma mediante la mencionada declaratoria de inexecutable⁴³.

No estando exentos de estas reflexiones los derechos fundamentales sociales⁴⁴, son criterios autónomos de la constitucionalidad de normas en ejercicio del control de constitucionalidad, como mecanismo para la unidad normativa en el sistema de derecho nacional y garantía de la supremacía constitucional, la intervención desproporcionada o irracional en las esferas de los derechos sociales, económicos y culturales; implicará la inconstitucionalidad de esas normas y su consecuente inexecutable⁴⁵. Precisamente la dificultad en términos hermenéuticos de los derechos fundamentales sociales, se da en estos ordena-

mientos por la falta de una regulación idónea en el amparo de los derechos de los ciudadanos, a falta de intervenciones garantistas por parte del legislador y de normatividad que permita desarrollar los fines constitucionalmente expresados. La comunidad se ha visto en la necesidad de recurrir masivamente a mecanismos subsidiarios, como la tutela. Es en esta ausencia de las instituciones fundadas en la democracia representativa que el juez constitucional ha entrado a tomar decisiones por vía de interpretación, no por eso menos legítimas que las que están en cabeza del legislativo o el ejecutivo⁴⁶.

Es en este contexto que se desarrolla la línea jurisprudencial sobre el derecho a la salud en Colombia, y su definición como derecho fundamental, la cual se entenderá en el sentido literal conforme la denominación de la Constitución colombiana, es decir, respecto de la procedencia de la acción de tutela y se considera, en este sentido, que de la misma manera debe entenderse la Sentencia T-760 de 2008 y las relacionadas. La tesis central que se defiende con el presente estudio se traduce en que la justiciabilidad de los derechos fundamentales, puede ser justificada a partir de un concepto “evolucionado” de los derechos subjetivos.

Un concepto evolucionado de los derechos exige comprender el funcionamiento de la interpretación constitucional y del ejercicio de los derechos en la práctica, de modo que, sea posible reconstruir las condiciones formales y materiales necesarias para el reconocimiento judicial de los derechos fundamentales.

Este concepto evolucionado ayuda a los jueces a reconocer cuándo un derecho fundamental bajo el concepto evolucionado que implica entenderlo desde su impacto social, es vulnerado por la acción u omisión Estatal y, por tanto, debe ser protegido judicialmente. Se debe tener en cuenta entonces que los Derechos Fundamentales bajo una óptica evolucionada, son derechos subjetivos con un alto grado de importancia por su fundamentalidad.

A grandes rasgos se trata de la consabida diferencia en el mundo de la técnica jurídica entre el derecho sustancial y el derecho procesal. Así pues, no deben

40 Estas constantes tensiones están enmarcadas claramente en lo razonable y proporcionado de la afectación de un derecho al otro, por lo cual, siempre que no exista regulación válida o precedente aplicable, habría que ponderarse.

41 Se ve entonces como en el control de constitucionalidad, no existe una ruptura en la división de poderes en el constitucionalismo contemporáneo, ya que las diferentes ramas poseen claras competencias reconocidas en la norma suprema, sin embargo, estos poderes estarán sometidos a cargas de racionalidad y argumentación que determinan la pertinencia de sus actuaciones, derivándose de estas la validez o no de sus decisiones.

42 Aspectos que emanan del Artículo 241 de la Constitución Política de 1991.

43 Eisenmann (1986), estudiando a Kelsen H. (1962), manifiesta con pertinencia que el control de constitucionalidad es una consecuencia lógica de la existencia de una constitución con valor normativo, pues de nada sirve tener una norma cuando no se cuenta con mecanismos que sancionen jurídicamente su inobservancia.

44 Se ha tomado en este texto el término derechos fundamentales sociales, como diferente al de sociales fundamentales, los primeros implican una concepción de fundamentalidad a priori, mientras los estos últimos se determinan como reconocidos jurisprudencialmente.

45 Según Javier Tobo (2006), la inconstitucionalidad se entiende como la contradicción entre la norma de inferior jerarquía y los mandatos constitucionales, mientras que la inexecutable se entiende como la consecuencia de esa contradicción, mediante la cual se desprovee de valor jurídico a la norma inconstitucional.

46 Los articulistas del presente texto, se unen en este sentido a las siguientes palabras: “Si tan siquiera los poderes constituidos se avinieran a la aceptación y al respeto de nuestra Constitución Jurídica, muchos de los males que nos asuelan se conjurarían en mediano plazo” (Castaño Zuluaga, 2007, p. 79.)



confundirse acciones y derechos; los derechos constitucionales, sean individuales, sociales, económicos y culturales, o colectivos y del medio ambiente, deben ser entendidos como principios sometidos a la misma regla hermenéutica de la optimización, los cuales se encuentran en la misma jerarquía a priori entre ellos y en la cúspide normativa del ordenamiento nacional; lo cual define la doctrina global como derecho fundamental (Bernal, 2005), sin que esto deba confundirse con la denominación del título II, capítulo I de la Constitución y del artículo 86 sobre la tutela.

Dicho de otra forma, se está discutiendo la naturaleza fundamental de un derecho desde el punto de vista de la procedibilidad; en sede jurisdiccional de una determinada acción para su amparo, sin embargo, los presentes articulistas creen que no debe dejarse de lado su naturaleza como imperativo constitucional, lo cual acarrea para este derecho y todo lo demás de los llamados "de segunda generación" los imperativos propios de los derechos sociales, económicos y culturales en el marco de un Estado social y democrático de derecho.

CONCLUSIONES

La concepción de los núcleos esenciales en los derechos fundamentales, obedece a una primera interpretación dada como garantía de no afectación al ciudadano por parte de los poderes públicos, como respuesta reivindicadora de los excesos sufridos con los totalitarismos de la segunda guerra mundial, entendiéndolos como campos de delimitación del derecho tan relevante, para este que no pueden ser sujeto de medida alguna por parte del Estado, pues se perdería su esencia misma.

Sin embargo, estos límites de integridad no abarcan la multidimensionalidad de lo que implica la protección de un derecho, pues mal se puede el efectivo amparo de un derecho fundamental, solo mediante proscriciones de agresión. La efectiva defensa de un derecho fundamental, lleva también a reconocer mandatos de acción hacia el Estado y los particulares. Así pues, el derecho a la vida se protege, por ejemplo, con la no agresión por parte de las entidades públicas, el amparo de estas frente a las amenazas de terceros o la medida de estos para su completa protección, en esta concepción, la teoría del núcleo esencial sería insuficiente para determinar jurídica-

mente las verdaderas obligaciones respecto del amparo a los preceptos fundamentales.

Con mayor pretensión de amparo de los derechos constitucionales fundamentales, se ha planteado que deben ser interpretados como principios, por lo tanto, en desarrollo de la pretensión de corrección en tal sentido, como mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas, y, del eventual choque entre estos principios o, la razonable regulación por parte del Estado, se encontrará una medida exacta dentro de las circunstancias, y ese núcleo esencial dinámico, es el que en realidad, enmarca el contenido de un derecho fundamental.

La Corte hace una lectura corta de la naturaleza jurídica del derecho a la salud; al limitar la interpretación a los derechos tutelables, el procedimiento es solo una parte de la escénica de aquello que define y estructura este sistema de derecho, sin embargo, las diferentes hermenéuticas hechas son resultado de una búsqueda de optimización, lo cual más allá de estas consideraciones, es notablemente preferible a la desidia del legislador y el ejecutivo.

Se está de acuerdo con quienes manifiestan que la solución no pasa por la fundamentalización de los derechos, de un lado porque todos los derechos constitucionales comparten diferentes características como ser superiores en el ordenamiento jurídico, criterios para la inexequibilidad de normas, una igualdad jerárquica a priori entre ellos y por ello, una pretensión de optimización en sus contenidos; lo que llevará a pensar que deben tener mecanismos de protección especial, como ocurre con todas las medidas en ejercicio del control de constitucionalidad abstracto, incluyendo la acción de inconstitucionalidad y con las medidas para la protección en un caso concreto, como la acción de tutela, la acción popular, la acción de grupo y la acción de cumplimiento.

Si bien muchos consideran que la Ley 393 de 1997 hace ineficaz la acción de cumplimiento, idónea en principio para la protección de derechos sociales, dada su improcedibilidad para generar cargas patrimoniales, se considera que esto puede obligar a examinar el problema desde el punto de vista de la elusión constitucional frente a un derecho, pero esta situación no debe arrojar ante posibles interpretacio-

nes como las realizadas por alguna parte de la doctrina con ocasión de la sentencia T-760, según la cual por vía jurisprudencial se están reconociendo nuevos derechos fundamentales.

En todo caso, no hay error judicial cuando se enfrenta a un contexto de posibilidad hermenéutica a manera del derecho viviente, en cambio se necesitará una concepción coherente en sus propios términos, así, se observa como la Sentencia T- 760 de 2008, no puede afectar la naturaleza prioritaria de un derecho social al pertenecer este por igual a todos los derechos constitucionales, entiéndase como criterio de inexequibilidad, mandato de optimización y susceptible de protección especial. Así, el mecanismo de protección especial puede ser diferente y la novedad que trae la Sentencia T- 760 de 2008, radica en que considera a la salud un derecho tutelable autónomo.

Lo expuesto no desvirtúa a la honorable Corte Constitucional, al contrario, ratifica que es un auténtico espacio en la construcción de la democracia ius-constitucional, una doctrina siempre que sea bien entendida llevará por felices caminos. Ese realismo social institucional de la Sentencia T-760 de 2008, da el mismo resultado que la concepción de la constitución material; se cree que por su posibilidad de abarcar otras variables es la es más idónea, pero claro, esto es un simple parecer, uno dado en el contexto nacional, de juristas intentando desarrollar en la realidad la democracia en medio de una notable orfandad política.

La solución en el caso de la crítica situación del derecho a la salud, no pasa por la ius fundamentalización de las disposiciones, sino por su materialización, la cual puede darse por vía de la judicialidad de estos derechos afectados, al ser reconocido en mecanismos de defensa reforzados como la acción de tutela, pero en este caso el amparo ya se encuentra cubierto por estos mecanismos, al considerarse como precedente la acción en casos de conexidad, y como en ambos casos es indispensable la existencia de un perjuicio irremediable, la simple nominación en nada aporta a la reivindicación de los derechos.

Los criterios procedimentales no suman a la naturaleza fundamental del derecho, quedando los criterios sustanciales, según los cuales el derecho es fundamental, autónomo pero no por el precedente dado en la T- 760 de 2008, sino por su naturaleza constitucional misma, en la cual todos los derechos reconocidos en la Constitución son fundamentales sin necesidad de declaratoria judicial, lo que permite reconocer en el acto el derecho fundamental social a la educación, la familia o la seguridad social, lo mismo que derechos fundamentales colectivos y del medio ambiente, lo cual es independiente de la procedencia o no en un caso concreto de la acción de tutela.

Por lo tanto, el problema se encuentra fuera del contexto hermenéutico del sistema constitucional de los derechos fundamentales, radicándose en los ámbitos políticos y económicos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, V. & Courtis, C. (2002). *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alfonso, L. (2010). Globalización de los Derechos. La "Teoría de las generaciones" ha muerto, ¡Viva la teoría de la generación de Viena! *Revista IUSTA, enero 2010 (Nº 31)*, pp. 56 - 75.
- Arango, R. (2001). *La Protección Nacional e Internacional de los Derechos Humanos Sociales*. Bogotá: Escuela Nacional Sindical.
- Arango, R. (2002). Promoción de los Derechos Sociales Constitucionales por Vía de Protección Judicial. *El Otro Derecho, julio 2002 (Nº 28)*, pp.103 - 122.
- Arango, R. (2004). *Derechos, Constitucionalismo y Democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. (2005). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (2003). *Teoría General de la Política*. Madrid: Editorial Trotta.
- Carbonell, M. (2007). *Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta e Instituto de investigaciones jurídicas UNAN.
- Castaño, L. O. (2007). En defensa de la justicia constitucional. *Opinión Jurídica volumen 6 (Nº 12)*, pp. 61 - 81.
- Chinchilla, T. E. (1999). *¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales?* Bogotá: Temis.
- Código de Procedimiento Civil Colombiano, [C.P.C]. Decreto 1400 De 1970. Agosto 6 de 1970 (Colombia).
- Comité de Derechos Sociales. (2000). Relativa al disfrute del más alto nivel de salud. *Observación General, enero 2000 (Nº 14)*, pp. 1 - 19.
- Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos. (1993). *La Equidad de Género en las Cumbres y Conferencias de las Naciones Unidas*. Recuperado el 18 de Junio de 2011 en [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument)
- Constitución Política de Colombia, [C.P]. Artículo 86. Julio 6 de 1991 (Colombia).
- Corte Constitucional. Sentencia No. T-406. (M.P. Ciro Angarita Barón; 5 de junio de 1992).
- Corte Constitucional. Sentencia No. T-418 (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez; 19 de junio de 1992).
- Corte Constitucional. Sentencia No T-71 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; 25 de febrero de 1993).
- Corte Constitucional. Sentencia No. SU-225 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 20 de mayo de 1998).
- Corte Constitucional. Sentencia No. T-1306 (M.P. Fabio Morón Díaz; 25 de septiembre de 2000).

- Corte Constitucional. Sentencia No. T-89 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández; 06 de febrero de 2003).
- Corte Constitucional. Sentencia No. T-760 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; 31 de Julio de 2008).
- Corte Constitucional. Sentencia No. C-145 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla; 12 de marzo de 2009).
- Durango, Á. (2007). Aproximaciones conceptuales a la democracia constitucional y a los derechos fundamentales en la teoría de L. Ferrajoli. *Opinión Jurídica. Volumen 6* (Nº 12), pp. 189 - 204.
- Edición especial Ámbito Jurídico. (2011). 20 Años de la Constitución. *Ámbito Jurídico, junio-julio de 2011* (Nº 324), pp. 15 - 27.
- Eisenmann, C. (1986). *La justicia constitucional y la alta Corte Constitucional austriaca*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Fajardo, A. L. (2010). Globalización de los Derechos. La "Teoría de las generaciones" ha muerto, viva la teoría de la generación de Viena! *Revista IUSTA, enero de 2010* (Nº 31), pp. 56 - 75.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- García, M. & Uprimny, R. (2011). *La Corte, defensora Protagónica de la Constitución*. El Espectador. Recuperado el 10 agosto de 2011 en <http://www.elespectador.com/impreso/politica/articulo-281888-corte-defensora-protagonica-de-constitucion>.
- García, M. (2011). *De Justicia*. Recuperado el 10 de Junio de 2011 en http://www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=1&id_publicacion=967.
- García, J. A. (1996). *Hans Kelsen y la Norma Fundamental*. Madrid: Marcial Pons.
- Higuera, D. (2009). Estudio integrado de la legitimidad en la Corte Constitucional colombiana. *Principia Juris*, (Nº12), pp. 86 - 113.
- Hohfeld, W. N. (2001). *Conceptos jurídicos fundamentales*. México: Fontamara.
- Homero. (2008). *La Odisea, cantos 80 y 10*. Recuperado el 28 de noviembre de 2011 en http://www.odisea.com.mx/Texto_y_comentarios/Canto_xii/Canto_xii.html.
- Hugo, V. (1990). *Los Miserables*. Madrid: Editorial Bruguera.
- Kelsen, H. (1962). *Teoría pura del derecho*. Paris: Dalloz.
- Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Colombia: ACNUR.
- Naciones Unidas. (2000). El Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. *Observaciones Generales, 22º período de sesiones, 2000* (Nº 14), pp. 1-28.
- Parra, O. (2003). *El Derecho a la Salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Prieto, F. (2004). El Constitucionalismo de los Derechos. *Revista Española de los derechos, mayo-agosto de 2004* (Nº 71), pp. 213 - 235.
- Prieto Sanchís, L. (1997). *Constitucionalismo y Positivismo*. México: Fontamara.
- Quinche, M. F. (2009). *Derecho Constitucional Colombiano*. De la Carta de 1991 y sus Reformas. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

- Seiler, D. (1982). *Les partis politiques en Europe*. Paris: Presses universitaires de France.
- Seiler, D. L. (2003). *La comparaison et les partis politiques*. Paris: IEP Bordeaux.
- Semana.com. (2010). *Las 100 empresas más grandes de Colombia*. Semana. Recuperado el 18 de Junio de 2010 en <http://www.semana.com/especiales/100-empresas-grandes-colombia-900-siguientes/137958-3.aspx>
- Tobo, J. (2006). *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Vélez, A. (2000). La Acción de Tutela: ¿Un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alterno para acceder a servicios de salud? *Revista Colombia Médica, junio de 2005* (Nº 36), pp. 199-208.
- Zuleta, E. (2007). *Elogio de la dificultad*. Recuperado el 5 de febrero de 2007 en http://www.elabedul.net/Articulos/el_elogio_de_la_dificultad.php.
- Uprimny, R. (2011). *La Constitución en Perspectiva*. El Espectador, 4 de julio de 2011, p. 1.
- Uprimny, R. (2011). *Editorial*. Recuperado el 23 de julio de 2011 en http://www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=1&id_publicacion=978
- Uprimny, R & García, M. (2011). Recuperado el 15 de Junio de 2011 en http://www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=982
- Vélez, A. (2000). *La Acción de Tutela: ¿Un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alterno para acceder a servicios de salud?* *Revista Colombia Médica*. Recuperado el 23 de julio de 2011 en <http://colombiamedica.univalle.edu.co/Vol36No3/cm36n3a10.htm>