

# LA EXIGIBILIDAD PROCESAL DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA Y REPARACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL\*

Recibido: 05 de febrero de 2013 / Revisado: 07 de febrero de 2013 / Aceptado: 30 de mayo de 2013

**Pedro Gabriel Mendivil Guzmán\*\***  
**Yuranys Carrillo Cervantes\*\*\***

Universidad del Atlántico

Puede citar el presente artículo así: / To reference this article:

Mendivil, P. - Carrillo, Y. (2013). La exigibilidad procesal de los derechos sociales como instrumento de garantía y reparación en el Estado Constitucional. *Jurídicas CUC*, 9 (1), 195 – 218.

## Resumen

El debate de los Derechos Sociales Fundamentales se ha planteado desde los cambios que se han evidenciado en el paso de un modelo de estado legislativo a un modelo de estado constitucional. Es indiscutible que estos derechos han consolidado su constitucionalización por el activo papel que ha tenido la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, dando lugar a ingentes debates dentro de la teoría jurídica. Pese a esto, persiste una dificultad ostensible, consistente en que las estructuras, que suponen su garantía y protección en los estados constitucionales, parecen insuficientes para afrontar eficazmente las progresivas demandas de realización de esos derechos. Estas cuestiones que la jurisprudencia ha querido superar, se presentan como unos de los puntos más discutidos dentro del constitucionalismo moderno que vienen a cuestionar las alternativas del estado Constitucional como realizador de los Desc.

## Palabras clave:

Derechos sociales, Justicia, Estado constitucional, Garantía, Protección jurídica.

---

\* Este artículo es producto de la investigación “Perspectiva de los Derechos Sociales en el Estado Constitucional: insuficiencia de sus garantías”.

\*\* Abogado de la Universidad del Atlántico, especialista en Derecho Público, Ciencia y Sociología Política de la Universidad Externado de Colombia, Universidad Complutense de Madrid y Universidad de Milán. Magister de la Universidad Externado de Colombia, investigador y docente en el área de Derecho Público de la Universidad del Atlántico. Director y fundador del Centro de Estudios de Derecho Público. Contacto: pmendivil12@yahoo.com

\*\*\* Estudiante de 8° semestre en el programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico, auxiliar de investigación del CEDEP.

## PROCEDURAL JUSTICE ENFORCEMENT OF SOCIAL RIGHTS: GUARANTEE AND RESTORATION TOOL IN A CONSTITUTIONAL STATE

### Abstract

*Ever since the State has been markedly changing from a Legislative model towards a Constitutional one, a debate on Fundamental Social Rights has been set forth. Undoubtedly, these rights have consolidated their constitutionalization by virtue of the active role of the Constitutional Court through its jurisprudence, leading to colossal debates within legal theory. Despite this, an obvious difficulty remains. Structures, which are presumed to pledge and protect in Constitutional States, seem to be inadequate to confront efficiently the more demanding fulfillment of those rights. These issues, which jurisprudence has tried to overcome, are presented as some of the most discussed items in modern constitutionalism which questions the alternatives of the Constitutional State as grantor of Economic, Social and Cultural Rights (ESCR).*

### Keywords:

*Social rights, Justice Entitlement, Constitutional State, Guarantee, Legal protection.*

## Introducción

El artículo que se presenta para consideración de la Revista Jurídicas CUC, pretende abordar en principio, el debate fundamental sobre derechos sociales en relación a la limitación de sus garantías por considerarlos por mucho tiempo como derechos exclusivamente prestacionales y económicamente costosos. Nuestra preocupación académica se vierte entonces en explicar en el contexto de la tensión entre los principios inseparables del Estado Social de Derecho y el Modelo económico neoliberal inspirado en el Consenso de Washington, “disfuncionales por su propia naturaleza el uno con el otro, como esa tensión disminuye la eficacia de sus garantías de justiciabilidad”.

Sin duda alguna, los derechos sociales han consolidado su constitucionalización por el activo papel que ha tenido la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, dando lugar a ingentes debates dentro de la teoría jurídica. Pese a esto, persiste una dificultad ostensible, consistente en que las estructuras, que suponen su garantía y protección en los estados constitucionales parecen insuficientes para afrontar de manera eficaz las progresivas demandas de realización de esos derechos. Estas cuestiones que la jurisprudencia ha querido superar, se presentan como unos de los puntos más discutidos dentro del constitucionalismo moderno que vienen a cuestionar las alternativas del estado Constitucional como realizador de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Se encamina esta pretensión investigativa en desentrañar como pueden sostenerse unas garantías para los derechos sociales con una nueva postura jurisprudencial que privilegia el argumento de la escasez de recursos y, en un escenario donde el mismo modelo de estado no proporciona vías procesales y medios de defensa idóneas para que en caso de una violación, estas sean llevadas ante los tribunales, no como mecanismo transitorio de protección sino para que puedan ser reparadas por medio de juicios.

Llega nuestra preocupación académica a abordar el tema de las garantías, cuyas insuficiencias en un modelo de estado constitucional se consideraron en la investigación a partir de la indeterminación del contenido de cada uno de los derechos sociales y la apertura hacia otros instrumentos para garantizar su justiciabilidad.

## **La relación necesaria entre la ley y el deber ser constitucional: Los derechos sociales fundamentales**

El imperio de la ley, como “realidad positiva del derecho” en el marco del estado constitucional de derecho es una experiencia superada en cuanto hoy no se considera posible el predominio exclusivo de la ley como productora del derecho o como norma exclusiva de reconocimiento de su validez. En el contexto del estado constitucional de derecho, se sugiere el reconocimiento no solo de los derechos fundamentales sino también de los sociales como máxima de garantía constitucional. Zagrebelsky (2009), afina su posición y en actitud de acoger una relación necesaria entre ley y derechos, admite que “Tanto la ley como los derechos incluidos los sociales, tienen su propia, no necesariamente la misma dignidad Constitucional.

Sin lugar a dudas, los derechos sociales en el estado constitucional actual adquieren valor jurídico positivo solo con la Constitución, que instituye también el poder legislativo, se reconoce a los individuos un patrimonio de derechos originario, independiente y protegido frente a la ley. Naturalmente, en caso de conflicto prevalecen los derechos. Esto muestra que existe un ámbito de funciones legislativas propias del Estado, un ámbito que está fundado sobre la naturaleza política de esta última y que no depende de los derechos de naturaleza individual (Zagrebelsky, 2009).

La complementación o relación necesaria, como la he llamado, pero inspirada en los acertados conocimientos del profesor Zagrebelsky, que debe establecerse entre el deber ser Constitucional que puede traducirse en el reconocimiento de derechos por encima de la ley y la realidad positiva del derecho, tiene su arraigo en un punto intermedio entre las declaraciones americanas de los derechos cuya fundamentación se precisa en una esfera jurídica que precede al derecho legislado y la francesa cuyo fundamento jurídico exclusivo está en la ley actual. (Zagrebelsky, 2009). En efecto, la idea de la relación necesaria se acoge bajo el referente de la concepción constitucional europea de los derechos, que según el citado autor se sitúa en medio de la americana y la francesa. Aunque se separa de la idea francesa

del soporte normativo exclusivo en la ley, no llega, sin embargo, “a negar a esta un fundamento autónomo propio, una función política propia vinculada a líneas independientes de los derechos”. (Zagrebel'sky, 2009), Este mismo autor puntualiza así lo expuesto:

Al reconocimiento de los derechos como patrimonio subjetivo individual, con la consiguiente importancia de la labor de los jueces en la actualización de dicho patrimonio, se suma el reconocimiento de la ley como instrumento de proyectos políticos y jurídicos objetivos. Las dos concepciones absolutas opuestas, la de los derechos (en América) y la de la ley (en Francia), deben ceder paso a concepciones que permitan un equilibrio entre las exigencias de los derechos y las de la ley; o dicho de otro modo, entre el poder de los jueces y el del legislador... La situación que ha derivado de ella es, por primera vez en la época moderna, una solución de equilibrio: la coexistencia de dos vertientes del derecho igualmente esenciales, una vertiente “subjetiva”, exenta de las incursiones de la política, y una vertiente “objetiva”, en la que las decisiones políticas tienen que desempeñar legítimamente su papel. También el “Estado de Derecho” decimonónico había intentado algo parecido, pero sin conseguirlo: al final, su concepción de los derechos resultaba desequilibrada frente a la concepción meramente positivista del derecho que le era propia. Uno de los logros del derecho de nuestro siglo consiste, en cambio, en haber establecido las condiciones para poder realizar este equilibrio. (Zagrebel'sky, 2009).

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la expresión *imperio de la ley*, debe entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales; este enfoque propuesto por la corte es el característico del paradigma neoconstitucional, por lo que resultaría plausible llamarlo como lo ha hecho el profesor Zagrebel'sky: imperio de la Constitución, dando suficientes argumentos para defender la tesis de la fundamentalidad de los derechos sociales a partir de dos presupuestos esenciales: 1) La jurisprudencia con su valor intrínseco y, 2) El precedente Constitucional. El concepto “imperio de la ley” no ofrece un sentido unívoco, las diferentes interpretaciones de la Corte y la doctrina van desde una clara interpretación originalista (Linares, 2008) que exhorta a que

los jueces indaguen en las intenciones originales de los constituyentes y legisladores para despejar las dudas interpretativas que suscita la Constitución, pasando por un textualismo (Linares, 2008) que tuvo como único parámetro del juicio de interpretación el significado convencional de derechos fundamentales hasta llegar a una lectura *moral* (Linares, 2008) y principalista, apelando a la argumentación filosófica y moral, de manera que todos los derechos de las personas sean catalogados como fundamentales y no solo los de primera generación.

En este contexto del Estado Constitucional de Derecho, el primitivo principio de legalidad sigue siendo el referente de reconocimiento de la vigencia normativa, el cual tiene impacto exclusivamente en la *forma* de producir las disposiciones del ordenamiento jurídico, pero ahora ese referente de reconocimiento se torna más complejo, dado que se adiciona un elemento que el profesor Ferrajoli referencia como de “legalidad sustancial o de estricta legalidad”; es decir, en palabras exactas del autor “dado que vincula también la *sustancia*, esto es, los significados de las normas producidas, a la coherencia con los principios y los derechos establecidos por la Constitución”. (Ferrajoli, 2009). Esta fuerza vinculante que los principios y derechos fundamentales infunden, mutan la relación entre el Juez y la Ley, relación que ya no está soportada en la “sujeción acrítica e incondicionada a la Ley”, sino en estricto respeto a los contenidos sustanciales de la Constitución, y en consecuencia a la ley, si está conforme a la Constitución (Ferrajoli, 2009).

En este nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho, desde la visión del profesor Ferrajoli y en coincidencia, en muchos aspectos, con los autores referenciados a lo largo de la investigación, la jurisprudencia asume “una función y una dimensión pragmática” en el entendido de que se abre un espacio para los derechos sociales que antes no se reconocían en el estado legislativo y de derecho para el análisis, descripción y prescripción de “vicios jurídicos de sustancia internos a la legislación, de antinomias generadas por incoherencia entre disposiciones, de lagunas generadas por falta de plenitud de las

disposiciones en cuanto estas no sean atribuibles a incumplimientos legislativos.

Consecuente con los anteriores cambios, se evidencia, según Ferrajoli (2009), el relacionado con límites de los poderes del Estado. Estos quedan vinculados por los derechos constitucionalmente establecidos, por los principios y derechos fundamentales; es decir, por el deber ser constitucional pero también por la realidad positiva del Derecho; por tanto, los aplicadores de este deberán situar su reflexión crítica sobre dicha disconformidad y sobre la proyección de las técnicas y las instituciones dogmáticas aptas para superar antinomias y lagunas, producto de ese distanciamiento entre deber constitucional y realidad positivada.

En este contexto, los Derechos Sociales deben entenderse como derechos plenamente exigibles ante todas las autoridades del Estado, en todos sus niveles de gobierno. Sin embargo, esta característica de plena exigibilidad requiere de la elaboración de una sólida teoría de los derechos sociales que parta de determinarle unos contenidos legales y procedimientos de defensa judicial para consolidar sus garantías.

## **Contenidos sustanciales de los Derechos Sociales en la Constitución**

Sin duda, determinar el contenido auténtico y los alcances concretos de cada derecho social es presupuesto de garantía, así por ejemplo, a partir de los mandatos constitucionales sobre derecho a la vivienda, el legislativo debe procurar determinar qué significa específicamente el derecho a una “vivienda digna”, darle contenido y alcance normativo al concepto “dignidad de la vivienda”, tipificar ¿cuándo se vulnera ese mandato constitucional? ¿cuáles son los arreglos básicos para que el Estado los cumpla?, puede decirse que lo mismo sucede con los derechos de libertad; ¿cómo entender los alcances del derecho a la intimidad? Los conflictos que se generan por la no determinación del contenido de los derechos sociales sin duda son un obstáculo para poder hacer plenamente normativo esos derechos en un Esta-

do Constitucional. (Carbonell, 2012) Este argumento no ha sido una limitación para la Corte Constitucional en cuanto a que la textura abierta de las disposiciones sobre derechos sociales no puede significar, por sí sola, una pérdida de los efectos normativos que pueden derivar. (Carbonell, 2012). Pero sí ha venido concretando esa exigencia:

(...) el contenido prestacional de los derechos sociales, es decir, la necesidad de desarrollo legal, económico y técnico, no es lo que puede determinar su fundamentalidad, pero que este hecho sí tiene incidencia directa en la posibilidad de que sean justiciables por vía de tutela, dada su definición y autonomía. (Mendoza, 2011).

Hay una ventaja muy significativa cuando se precisa el contenido y alcance de los derechos sociales, esta tiene que ver con la determinación de las obligaciones mínimas de los poderes públicos en relación con cada derecho social (Abramovich y Courtis, 2009), labor que corresponde desarrollar, en primer término, al legislador.

## **Niveles de garantías en el Estado Constitucional de Derecho**

Vistas las anteriores consideraciones, pasemos ahora a considerar lo de las garantías de los derechos sociales, pero no solo se admitirá la idea de un conjunto de derechos subjetivos; es decir, de acciones procesales en manos de los ciudadanos para reclamar tales derechos o reclamar aspectos concretos de su implementación, sino que se ha optado por una noción más amplia de esta idea, ya que la idea básica de garantizar un derecho o determinados valores o bienes, no tiene por qué reducirse a un mecanismo técnico jurídico. La presencia de este componente o técnica jurídica no involucra que de facto el derecho se garantice, en el sentido de que se repare o cumpla (Peña, 2009).

Apoyado, entonces, en el profesor Ferrajoli (2012) se sustentará que la garantía es un concepto multidimensional, lo cual supone que no existe una entidad o esencia de partida para el conocimiento de la misma. Por el contrario, solo será posible identificar la garantía en



el análisis conjunto con otros elementos del sistema garantista y en la dinámica y reproducción permanente de relaciones definidas como jurídicas (Parcero, 2008). En el sentido opuesto, Peña Freire afirma que “La garantía no es un ente abstracto que se pueda escindir de los bienes y valores garantizados”. En palabras de los autores citados no tiene sentido alguno preguntarse qué es la garantía, más bien tratar de entender su naturaleza instrumental e interrogarse en todo caso cómo se manifiesta o cómo es su funcionalidad. Lo que sí está seguro es que la garantía tal como está concebida para los derechos sociales, incorpora un elemento finalista que le va dando sentido en la medida en que se va materializando su núcleo esencial.

Este intento de una noción amplia, siguiendo a Cruz Parcero y al profesor Pisarello propone tres niveles en que puede operar la protección de derechos, valores y bienes constitucionales:

(...) Un primer nivel de garantías asociadas con un arreglo social básico, un segundo nivel de garantías relacionadas con el diseño de y ejecución de políticas públicas por parte del Estado. El tercer nivel, se refiere a garantías de protección jurídica, dentro de las cuales se incluye lo que se ha denominado la justiciabilidad. (Parcero, 2012).

Los dos primeros, sin duda son complementarios entre sí. Se trata, según Cruz Parcero de ver -con distintos enfoques- cómo la protección de los derechos y sus garantías, es un problema que se encuentra inserto en “temas sociales, económicos y políticos de diversa índole.” Los arreglos básicos definen los rasgos generales de la sociedad en que opera el tipo de Estado que se pretende implementar, se torna este primer nivel en una compleja red de relaciones institucionales en donde algunos individuos quedan protegidos y otros no, unos mejor y otros peor. En el diseño y ejecución de políticas públicas los derechos sociales quedan pensados como derechos en un sentido más técnico o como meras aspiraciones pero que los ciudadanos no pueden exigir como algo que ya se han ganado con anterioridad, sino que pueden conseguirlo peticionando a las instituciones del estado, en otras ocasiones negociando y en otras eventualidades presionando. (Parcero, 2008).

No se discute -y es nuestra posición de que la protección constitucional es conveniente y está plenamente justificada-, pero a algunos analistas del tema le inquieta el tipo de impacto que tiene la garantía constitucional de protección y su relación con la justiciabilidad de los derechos sociales por lo que se han propuesto dos “distinciones de la justiciabilidad” (Parcero, 2008): a) La justiciabilidad relacionada con la protección de los preceptos constitucionales, y b) La justiciabilidad relacionada con el funcionamiento y diseño de políticas sociales. La primera, denominada Justiciabilidad Constitucional y es a la que nos hemos referido al analizar las líneas jurisprudenciales y está planteada en los siguientes términos:

Esta se basa en el poder del poder judicial, esto es, de los jueces de proteger derechos constitucionales cuando los individuos o grupos (a través de acciones individuales o colectivas) reclaman por la violación de sus derechos, nos referimos aquí especialmente a los derechos sociales protegidos en las constituciones tanto de manera explícita como implícita. Se trata de un modelo de garantía jurídico formal que puede adoptar modelos como tutela o las acciones colectivas. De este tipo de intervención judicial puede resultar que se ordene una provisión específica de bienes o recursos económicos a favor del demandante o del grupo involucrado con la acción. También puede resultar un pronunciamiento dirigido al poder legislativo o de poner remedio a un problema que afecte los derechos sociales de determinadas personas.

El autor comentado denota una especie de rechazo hacia este tipo de garantía en cuanto a que este tiene, según él, un rol más de tipo simbólico, argumento que no se comparte ya que existen suficientes evidencias que han demostrado consecuencias importantes a favor de la garantía de los derechos sociales, tal y como se ha sustentado en la investigación. Sin duda alguna ha sido a través de la labor de las cortes supremas y tribunales constitucionales o de ciertos jueces o tribunales seccionales donde se ha logrado lo que no se ha logrado a través de un “arreglo social básico” más justo y de la implementación de políticas públicas enfocadas hacia la educación, la salud, la vivienda digna, entre otras.

Sostiene la crítica el profesor Parceró (2008) anotando que:

Precisamente como la garantía de los derechos sociales depende de los tres niveles de que se ha hablado, en ocasiones se corre el peligro de que con enfoques reduccionistas se termina confiando demasiado en el rol de ciertos órganos jurisdiccionales, como si la eficacia de la protección de derechos sociales se *pudiera reducir o dependiera únicamente de la intervención del poder judicial* (Parceró, 2008).

No obstante, nuestro desacuerdo con la percepción que se tiene de este tipo de garantía, es posible que en un análisis más objetivo se pueda evidenciar que los casos de éxito de estas intervenciones de la jurisdicción tengan un carácter limitado, en cuanto una decisión jurídica favorece a pocas personas afectadas por la violación. Además, el hecho de que exista una decisión favorable a ciertos grupos de persona, ello no quiere decir que el cumplimiento por parte de la autoridad administrativa sea automático, ya que muchas veces comienza otro tipo de litigio para obligar al cumplimiento. (Cepeda, 2008).

Para el caso colombiano este tipo de protección jurídica ha contribuido no solo a garantizar derechos sociales sino que la jurisprudencia y su precedente ha cumplido una función educativa frente a quienes de manera sistemática, como ya se dejó sentado, les han negado el carácter de derechos y de ser fundamentales. También los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en cierta manera han servido para evaluar las actuaciones tanto del legislativo como del ejecutivo al identificar a través del control constitucional la falta de coherencia de la legislación ordinaria con los derechos sociales constitucionales. En el mismo sentido, muchos de sus fallos han cumplido una función básica de denunciar la exclusión social y señalar los costos sociales que se generan por acuerdos injustos o por la falta de políticas sociales. (Pisarrello, 2007).

En otra visión objetiva de este tipo de garantías, hay que advertir que en un Estado Constitucional y democrático la justiciabilidad constitucional no puede jugar un rol ideológico nocivo. Sin embargo, por desviaciones del proceso democrático el aparato de justicia puede resultar ineficiente, corrupto o controlado por la propia administra-

ción, entiéndase ejecutivo, los mecanismos jurídicos quedan a opción de los jueces y responden de manera aislada. Los pocos éxitos suelen ser usados retóricamente para sostener la legitimidad de un régimen político que en realidad hace pocos esfuerzos para mejorar los niveles de bienestar de las mayorías y darle una protección y garantía eficiente a los derechos sociales. (Pisarrello, 2007).

## **Fortalecimiento de las vías procesales idóneas para garantizar la exigibilidad**

Como un presupuesto válido de garantía de los derechos sociales se cuenta el fortalecimiento o creación de vías procesales y medios de defensa idóneas para hacerlos exigibles, o para que sus violaciones sean llevadas ante los tribunales o ante otros organismos protectores de los derechos fundamentales (Carbonell, 2012). Que esas vías no existan, no significa que los derechos sociales no obliguen de forma plena a los órganos públicos; implica simplemente que sus violaciones no podrán ser reparadas por medio de juicios llevados ante tribunales, por lo que corresponde sugerir procedimientos de carácter judicial para subsanar esta laguna. (Carbonell, 2012).

En un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro es de advertir que las vías procesales no agotan los medios de exigibilidad de los derechos fundamentales, pero apunta el profesor Carbonell “que el reconocimiento universal de los Desc, como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida esta como la posibilidad de alcanzar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del derecho” (Pisarrello, 2007). No hay que pensar que el poder judicial es la única vía para hacer exigible esos derechos, hay otros mecanismos que pueden ser tantos o más eficaces. (Pisarrello, 2007).

Frente a estos argumentos, el profesor Ferrajoli, por ejemplo, en unas consideraciones que enfoca hacia el tema de la exigibilidad procesal de los derechos sociales, señala que: “sería necesario que las le-

yes en materia de servicios públicos no solo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino directamente de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; que la legitimación activa fuera ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos; no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos; que, en suma, junto a la participación política en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrollase una no menos importante y generalizada participación judicial de los ciudadanos en la tutela y satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de defensa cuanto de control en relación con los poderes públicos. (Ferrajoli, 2008).

### **Principio de sostenibilidad fiscal, un déficit en las garantías de los derechos sociales**

El proyecto de Acto legislativo No.016 de 2010 Cámara por el cual se establece el derecho a la sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del estado social de derecho (Zuluaga, 2010), según reza el Artículo Primero de este proyecto de acto legislativo que reformar el Artículo 334 de la Constitución, introduce la sostenibilidad fiscal como criterio; de tal suerte que este “debe orientar a las ramas y órganos del Poder Público dentro de sus competencias”. Es más, establece que “dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva y programática los objetivos del Estado Social de Derecho.

Pero más sorprendente aún es el siguiente párrafo nuevo del artículo mencionado: “El Congreso de la República, al determinar el alcance concreto de los derechos sociales y económicos consagrados en esta Constitución, deberá hacerlo en tal forma que asegure la sostenibilidad fiscal con el fin de darles, en conjunto, continuidad y pro-

gresividad”. Este Acto Legislativo solo es el reflejo de la cohabitación en nuestra constitución de una gran tensión entre la concepción social-demócrata del Estado Social de Derecho inspirada en el Estado del bienestar y el modelo económico neoliberal de origen anglosajón. “No se trata de derechos inocuos ni de normativas menores como para dejarlas pasar tan cómodas y tan en silencio”. (El Espectador.com, 2011).

La sola alusión en la exposición de motivos de este proyecto a los derechos sociales ratifica que la reforma estaba proyectada para impactar su fundamentalidad, logro de la primera etapa de la Corte Constitucional:

En efecto, una de las características de la Constitución Política de 1991 consiste en haber consagrado, junto a los derechos políticos, económicos y sociales que eran tradicionales en las democracias de occidente y en nuestro medio, otros muchos, fruto de la nueva reflexión *ius filosófica* de la segunda mitad del siglo XX.

Desde esa profunda perspectiva, el Título II, Capítulo 2, se ocupa de los derechos económicos, sociales y culturales también llamados por la doctrina como de *segunda generación* y consagra una amplia y variada lista de derechos que el Estado debe procurar hacer efectivos, tales como a la seguridad social, a la vivienda digna; a la educación y, como parte de esta, el deporte y la recreación. (Zuluaga, 2010).

La alusión a que se refiere el Congreso de la República al determinar el alcance concreto de los derechos sociales y económicos consagrados en esta Constitución, deberá hacerlo en tal forma que asegure la sostenibilidad fiscal con el fin de darles, en conjunto, continuidad y progresividad, puso en riesgo el proyecto pero se matizó con un párrafo estableciendo que “bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa legislativa o judicial, podrá invocar la aplicación del principio de sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales de los colombianos”. En su momento un juicioso análisis realizado por el espectador preguntaba ¿por qué sólo el gasto en estos derechos tiene que ser financiable?

¿los gastos de funcionamiento, las deducciones tributarias a los inversionistas, los subsidios a agricultores y demás no tienen que sujetarse a la misma regla? ¿a qué se debe el sesgo de la iniciativa?... Además, sigue quedando un asunto de fondo irresuelto: ¿puede un interés público convertirse así no más, en un derecho fundamental? el argumento a favor consiste en sugerir que por conexidad con los derechos fundamentales la estabilidad fiscal debe incluirse, pero, ¿es conveniente equiparar derechos colectivos con derechos individuales? La razón primordial por la cual el principio de la sostenibilidad fiscal como norma de normas, terminaría por hacer nugatorio el ejercicio de los derechos fundamentales estriba en el hecho de que a la hora de restringir el gasto cuando ello sea menester siempre recaería sobre el gasto social (El Espectador.com, 2011).

El profesor Rodolfo Arango, se refirió a esta reforma constitucional afirmando que

(...) viola obligaciones internacionales del Estado Colombiano... Se desconoce el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, consagrados en tratados internacionales, cuando un Estado disminuye injustificadamente –y las razones fiscales no son fundamento suficiente– los niveles de garantía de los derechos convencionales alcanzados en el orden interno. De hecho, si se aprueba la reforma constitucional, se terminaría disminuyendo la protección a la población desplazada por el conflicto armado, al quedar limitada la tutela judicial de sus derechos sociales (El Espectador.com).

En la misma dirección se pronunció un ilustre ex ministro conservador Rodolfo Segovia para quién “la Regla fiscal mete en cintura a los magistrados” (Suárez, 2011) y de lo que se trata, de salirle al paso a lo que han dado en llamar el “activismo” de jueces y magistrados, a cuyos fallos se les atribuye el desbarajuste fiscal. Uno de los caballitos de batalla que les ha servido a los promotores de esta nueva embestida en contra de la Constitución de 1991 es la crisis del Sistema Nacional de Salud confundiendo los efectos con la causa. Es la falta de acceso a la salud y la desactualización del Plan Obligato-

rio de Salud (POS) las que obligan a los usuarios del sistema a recurrir a las tutelas y los jueces a fallarlas. (El Espectador.com, 2011).

El ex constituyente Gustavo Zafra también se refirió al tema y sostuvo que “la sostenibilidad fiscal se puede convertir en la máquina de la muerte de los derechos” (Zafra Roldán, 2011). Los Congresistas Alfonso Prada en oposición al proyecto dejó claro que “habrá derecho a la vida, la salud, la educación, etcétera, si y sólo si la sostenibilidad fiscal lo permite, toda vez que se convierte en su límite fáctico y jurídico a la vez” (Prada, 2011), ex vicepresidente de la República Humberto de la Calle de manera muy puntual se refirió a la relación democracia. Derechos fundamentales afirmando que “Lo que legitima hoy una democracia es la capacidad de la organización política *para hacer prevalecer los derechos fundamentales*” (El Espectador.com, 2011).

Es indiscutible que el acto legislativo 03 de 2011 introduce un grado de dependencia del Estado Social de Derecho al criterio de sostenibilidad fiscal y quiso ir más lejos al establecerse que “de este derecho se deriva el deber de todas las ramas y órganos del poder público para que sus decisiones sean acordes con la sostenibilidad fiscal”. Este contenido constitucional tiene como destinatario, la Rama Judicial, en particular la Corte Constitucional, y el propósito como lo afirmó el mismo Director del Dane, es muy sencillo:

Limitar el alcance del Estado Social de Derecho a las reglas fiscales. Busca atacar el ‘activismo’ de la Corte Constitucional. De aprobarse este proyecto de acto legislativo, ya no serían posibles sentencias como la de la nivelación de los POS, la de los desplazados, la de los incrementos salariales.

La reforma nos plantea un escenario de modulación permanente de los efectos de la tutela para derechos sociales como la seguridad social, o económicos como el de la reparación o indemnización, al igual que para hacer valer derechos tan fundamentales como el de la salud. El ex Ministro Carrasquilla puntualizó: A propósito, recordemos que más del 60% de la jurisprudencia en materia de tutelas falladas involucra derechos sociales. Con este esperpento jurídico



se ‘les da más importancia a las cifras, por encima de los derechos’ y haría nugatorio el cumplimiento de la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna, amén del concepto de “progresividad” respecto a la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos los ciudadanos a los bienes y servicios que, además de acotarla la mediatiza. De este modo se estaría trastocando los medios y los fines; la sostenibilidad fiscal es un instrumento de política que debe ser entendido como un medio para garantizar la protección de los derechos sociales y preservar las libertades, pero en manera alguna como un fin en sí mismo del Estado Social de Derecho. Muchas veces en el afán de dar con soluciones mágicas a los problemas, los instrumentos se convierten en fines en sí mismos y al final nunca se orientan a alcanzar los objetivos planteados, este es uno de esos casos. Bien dice el profesor Rodolfo Arango que “al quitarles a los jueces constitucionales su función tuitiva de los derechos sociales fundamentales, se le quiebra el espinazo al pacto social suscrito hace dos décadas”. También lo advirtió el Ministro de Salud Alejandro Gaviria:

(...) en teoría este nuevo derecho, esta innovación constitucional, limitaría los excesos de jueces y magistrados, quienes ya no sólo tendrían que tutelar los derechos fundamentales de los individuos, sino también el derecho colectivo a la estabilidad. En últimas, la idea es combatir el santanderismo judicial con una cosa parecida, el santanderismo económico. En mi opinión esta iniciativa (original sin duda) estimulará cientos de debates doctrinarios, enfrentará a abogados y economistas pero no resolverá nada, generará más calor que luz.

Con el Acto Legislativo de Sostenibilidad Fiscal indudablemente se ataca la eficacia de los derechos sociales, es un triunfo de quienes en el enfrentamiento surgido de la tensión entre los principios inseparables del Estado Social de Derecho y el Modelo económico neoliberal inspirado en el Consenso de Washington, “disfuncionales por su propia naturaleza el uno con el otro”, sugirieron frenar la jurisprudencia progresiva del máximo tribunal constitucional de Colombia y a fe que lo han logrado. El ataque a las pocas conquis-

tas en derechos sociales era permanente como los del influyente ex Ministro de Hacienda Rudolf Hommes refiriéndose a la Corte Constitucional, que:

(...) un grupo de personas que no han sido elegidas ni tienen méritos especiales, tienen el poder para crear un descalabro... y no hay manera de pararlos. También, hay que preguntarse, si esta es una situación deseable o tolerable, o, si es necesario actuar para cambiarla... los magistrados han demostrado hasta ahora que, mejor que jurisconsultos, son unos burrisconsultos.

También en su momento Jorge Humberto Botero, entonces Presidente de la Asociación Bancaria, propuso “adoptar un modelo que limite ese superpoder que hoy tienen los magistrados y que amenaza el normal curso de la economía nacional...la politización que está viviendo el tribunal, ha desprestigiado el control constitucional en Colombia”.

## **La defensa de los Derechos Sociales en el Estado Constitucional de Derecho**

En una de las dos ponencias presentada para primer debate ante la Comisión Primera de la Cámara al proyecto de reforma a la Constitución Política, se negó su trámite con el argumento, el cual compartimos que este “va en contravía del paradigma de Estado constitucional y social de derecho, consagrado en la Carta de 1991; cambia la jerarquía natural de sus principios” (Prada, 2010), y más aún sostiene la ponencia, el proyecto “constituye por ello una sustitución de la esencia de nuestra Constitución”, al poner la organización y estructura del Estado, la sociedad, a los colombianos su dignidad al servicio de la economía la técnica y los instrumentos de pone:

Este proyecto pone, por tanto, sobre la mesa el debate teórico de fondo sobre una concepción normativa de principios y con enfoque de derechos del Estado constitucional y social de Derecho, frente

a una concepción o visión tecnicista, economicista, utilitarista y pragmática del Estado, en la cual se subordinan los derechos y su garantía a la consecución de los fines económicos. Esta última concepción acarrearía un Cambio de Paradigma de Estado contrario al establecido por la Constitución de 1991, que es un paradigma de Estado Social de Derecho, cuyo eje normativo y columna vertebral son los Derechos Fundamentales y su garantía. El Estado Social presenta claramente una “tendencia hacia la igualdad”, la cual se ve afectada cuando se prioriza, en lugar de la igualdad real o material, la sostenibilidad fiscal. (Prada, 2010).

Reafirma el argumento de la ponencia que el núcleo esencial del Estado Social de Derecho lo constituyen precisamente los Derechos Fundamentales, incluyendo no solo su consagración jurídico-positiva en la Constitución, su desarrollo legal y la determinación de su alcance a través de la jurisprudencia constitucional, sino su garantía y protección efectiva para todos los ciudadanos titulares de derecho. Es un mandato que nace de los principios fundamentales en cuanto a derechos, del Estado Constitucional y Social de Derecho, lo cual hace imperante la prohibición de sacrificar los derechos fundamentales por la consecución de cualquier otro tipo de fin del Estado, entre ellos, los económicos del Estado como la sostenibilidad fiscal, que de ninguna manera puede prevalecer por encima del fin por antonomasia del Estado Constitucional y Social de Derecho que son los Derechos (Prada, 2010).

Paralela a la defensa que se hacía desde el Congreso al Estado Constitucional, se respondía al ataque frontal al papel que venía haciendo la Corte para darle sentido y concreción a las demandas sociales por uno de los que más ha definido el entorno de los derechos sociales el ex magistrado de la Corte Constitucional Manuel José Cepeda a quien citamos inextenso en lo pertinente por considerar el argumento más sólido en defensa de los derechos sociales en el estado Constitucional:

“Existen desde hace más de noventa años y desde entonces han despertado controversia... no deja de ser preocupante que algunas voces le pidan a la Corte que si defender la Constitución llega a tener un costo económico, cierre los ojos y deje pasar la violación...

Una cosa es reconocer que obviamente los recursos son escasos y existen restricciones presupuestales, y otra cosa bien distinta es admitir que los derechos sean violados para ahorrar recursos económicos... Cuando un país decide ser un Estado Constitucional respetuoso de los derechos de las personas, asume un costo, no por un supuesto tropicalismo jurídico o por insensibilidad fiscal de los constituyentes o de los jueces, sino por haberse dejado orientar por la convicción íntima de que así lo exige tomar en serio la dignidad humana, la democracia y el Estado Social de Derecho”.

Es preciso, entonces, compatibilizar las restricciones de tipo constitucional y las de orden económico, para poder conciliar el objetivo de la sostenibilidad fiscal y el del efectivo goce de los derechos fundamentales, sin que el uno vaya en detrimento del otro. Por ello, se pregunta el ex magistrado Cepeda: “¿Con qué criterios se deben armonizar o priorizar los valores de la eficiencia y de la justicia en cada caso concreto? En otras palabras, ¿cómo introducir en las políticas de saneamiento fiscal la cuestión del goce efectivo de los derechos para todos sin destruir esas políticas y, de otro lado, cómo introducir en los análisis jurídicos sobre el alcance de los derechos la cuestión de las restricciones presupuestales sin sacrificar los derechos? Y, siendo más provocadores, ¿deben ser los derechos una variable en la formulación de políticas económicas y debe ser el dinero un valor en las definiciones de las doctrinas constitucionales?”.

Como se puede colegir de los interrogantes anteriores, el tema es complejo y no se puede reducir a simples fórmulas econométricas para salir del paso. La salida a esta encrucijada pasa por un diálogo constructivo e interdisciplinario echando mano de las tablas de la Ley y de la caja de herramientas de la economía. (Cepeda, 2008).

Finalmente, ya incluido la sostenibilidad fiscal dentro del sistema normativo de la constitución como una ‘directriz’ o ‘norma programática’, debe considerarse lo siguiente: “Primero, desde el punto de vista

del ‘poder y los intereses’, es claro que la pretensión es consolidar el modelo económico vigente, que en últimas se reconduce para la consolidación del sistema capitalista; segundo: es claro que esta directriz, al entrar en conflicto con un principio en sentido estricto, debe excluirse y ceder frente a las razones y finalidades de este”. (Guerrero, 2011).

El acto legislativo incluye también un “incidente de impacto fiscal”, el cual deberá ser impetrado ya por el Gobierno, ya por la Procuraduría General de la Nación, en busca de que se modulen los efectos de un fallo proferido por la Corte Constitucional o por cualquier Juez de la República, cuando afecte la sostenibilidad fiscal. Sin duda, este escenario procesal genera una especie de control administrativo al órgano jurisdiccional e “invertir el axioma iuspublicista de que los tribunales y jueces pueden controlar las actividades de la administración, obteniendo como resultado la vulneración no solo del principio de tridivisión de poderes, sino del de legalidad, del de seguridad jurídica” (Guerrero, 2011) entre otros, análisis que pasó por alto la Corte Constitucional en su nueva posición frente a los Derechos Sociales.

## Conclusiones

En un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro el reconocimiento universal de los Desc, como derechos plenos no se podrá alcanzar hasta tanto no se superen los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad, ante un juez o tribunal de justicia que haga cumplir las obligaciones que se derivan del derecho.

La insuficiencia de la estructura garantista de los derechos sociales se ha traducido en la inexistencia de vías procesales y medios de defensa idóneas para que sus violaciones sean llevadas ante los tribunales y puedan ser reparadas por medio de juicios, por lo que corresponde sugerir procedimientos de carácter judicial para subsanar esta laguna, tal y como lo propone el profesor Carbonell. No obstante que estas vías no existan, no da para significar que los derechos sociales en nuestro modelo de Estado no obliguen de forma plena a los órganos públicos.

Se concluye, entonces, que frente a las insuficiencias identificadas se propone el tema de la exigibilidad procesal de los derechos sociales, que según el profesor Ferrajoli se estructuraría a partir de que en las leyes se establezcan no solo contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que:

Identifícanse también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino directamente de derechos subjetivos, que dieran lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado.

Lo que se ha determinado en la investigación es que el nuevo debate se centra hoy en determinar a través del procedimiento legislativo el contenido esencial de los derechos sociales aseguran unas verdaderas garantías para su justiciabilidad. En efecto, esta garantía solo se daba desde el escenario de la Corte Constitucional descartando que a través de otros instrumentos como los arreglos básicos propios del modelo de Estado Constitucional y la implementación de políticas públicas para brindar un sólido portafolio de garantías para amparar su fundamentalidad, se pudieran concretar otro tipo de garantías judiciales

Con precisión inusitada y que prohijamos como colofón de este trabajo, el profesor de la Universidad de Barcelona, Pisarello ha sostenido:

Muchas de las cuestiones aquí planteadas apuntan, en suma, a la configuración de una constelación multi-institucional, participativa y multinivel de garantías de los derechos civiles, políticos y sociales. Perfeccionar las garantías y profundizar los espacios democráticos, de hecho serían dos consignas centrales en un programa dirigido a la transformación, por un lado, de los degradados estados sociales tradicionales en auténticos estados sociales constitucionales y, por otro, de las actuales democracias liberales, de baja intensidad, en democracias sociales deliberativas y genuinamente participativas. La suerte de este programa no se encuentra inscrita en ninguna lógica garantista evolutiva o en el automático despliegue de las estructuras económicas.

## Referencias

- Abramovich y Courtis, V. (2009). *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Carbonell, M. (2012). *Los Derechos Sociales: elementos para una lectura en clave normativa*. Madrid: Trotta.
- Cepeda, M. (2008). *Sentencia T-760*. Bogotá: Corte Constitucional.
- Cruz Parceró, J. (2008). *Los derechos Sociales y sus Garantías*. Mexico: Unam.
- Cruz Parceró, J. (2012). *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Tirant lo Blach.
- Cruz Villalón, P. (1992). *Escritos de derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- El Espectador.com. (2011). *Editorial Sostenibilidad Fiscal: un asunto pendiente*. Bogotá: Casa El Espectador.
- Ferrajoli, L. (2008). *Derecho y Razón*. Madrid: Madrid.
- Ferrajoli, L. (2009). *Principia Juris*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2012). *Dos Modelos de Constitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- García de Enterría, E. (1981). *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- Guerrero, A. (2011). *Sostenibilidad Fiscal y principios en el Estado Social de derecho*. Bogotá: Universidad nacional.
- Hessen, K. (1983). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- Mendoza Martelo, E. (2011). *Sentencia T 176*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

- Peña Freire, A. (2009). *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta.
- Pisarrello, G. (2007). *Los derechos Sociales y sus Garantías*. Madrid: Trotta.
- Prada, A. (2010). *Ponencia primer debate Acto Legislativo 016 de 2010*. Bogotá: Gaceta del Congreso.
- Prada, A. (2011). *Sostenibilidad Fiscal límite fáctico y jurídico*. Bogotá: El Nuevo siglo.com.
- Prieto Sanchís, L. (1987). *Del mito a la decadencia de la Ley*. Madrid: Tecnos.
- Suárez Agudelo, F. (2011). *El Principio de Sostenibilidad Fiscal*. Bogotá: Portafolio.com.
- Zafra Roldán, G. (2011). *La Sostenibilidad Fiscal y su impacto en los derechos sociales*. Bogotá: Semana.com.
- Zuluaga, O. (2010). *Proyecto de Acto Legislativo*. Bogotá: Gaceta del Congreso de la República.
- Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho Dúctil*. Madrid: Trotta.