

RELACIÓN TENSIONAL ENTRE EL JUEZ Y EL LEGISLADOR EN EL ITINERARIO DE LOS DERECHOS SOCIALES

TENSIONAL RELATION BETWEEN THE JUDGE AND THE LEGISLATOR IN THE SOCIAL RIGHTS ITINERARY

MARIA PATRICIA BALANTA MEDINA¹

Sumario. I. BALANCES Y SIMETRÍAS DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. II. RELACIÓN TENSIONAL ENTRE EL JUEZ Y EL LEGISLADOR EN EL ITINERARIO DE LOS DERECHOS SOCIALES.

Summary. I. BALANCES AND SYMMETRIES OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. II. TENSIONAL RELATION BETWEEN THE JUDGE AND THE LEGISLATOR IN THE ITINERARY OF SOCIAL RIGHTS.

Resumen. Se perfilan en este artículo, algunas ideas básicas relativas a la protección en sede judicial de los Derechos económicos, sociales y culturales y el protagonismo que a partir de su resguardo, ha alcanzado la corte constitucional colombiana, transformando, como agente de la democracia social, las políticas públicas e impactando progresivamente el itinerario del proceso político y legislativo, generando una relación tensional entre el juez y el legislador, tópico que se abordará cuando se hayan examinado previamente, los alcances materiales de los derechos bajo estudio, en adelante Desc.

Es precisamente a partir de los efectos que este activismo ha generado, que al final se concluye que, en la realidad colombiana, o en sociedades en conflicto, los jueces constitucionales no siempre pueden arrogarse facultades que terminen erosionando la

¹ Magistrada de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Valle, Colombia; docente del programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Humanísticas de la Unidad Central del Valle del Cauca de Tuluá; Investigadora acreditada en Colciencias como directora de semilleros de investigación; especialista en comercio internacional, de Universidad Jorge Tadeo Lozano; derecho de familia y procesal civil de la Universidad Externado de Colombia; contratos y daños de la Universidad de Salamanca-España; y con maestría en Filosofía del derecho contemporáneo de la Universidad Autónoma de Occidente en cooperación con la Universidad Carlos III de Madrid-España; presidenta fundadora del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Capítulo de Buga y actualmente cursa programa de doctorado en la Universidad de Jaén-España.

institucionalidad y desde esta orilla, es perentorio estabilizar los sistemas bajo las percepciones auténticas, que surjan de los consensos políticos y de los espacios en los que es concluyente establecer: i) el alcance del activismo judicial; ii) los límites dentro de los cuales se debe cumplir la tarea interpretativa del orden constitucional y iii) las tensiones que suelen presentarse en este laborío cuando descontroladamente, bajo cierto margen de progresismo y discrecionalidad, se posicionan decisiones con interpretaciones manipulativas, que no se acomodan a un método que consulte nuestra evolución social y bajo este maquillaje, se distorsiona el sistema jurídico positivo.

Palabras clave. Derechos económicos, sociales y culturales; políticas públicas; Activismo; discrecionalidad judicial.

Abstract. Are outlined in this article, some basic ideas concerning the protection, in court, of economic, social and cultural rights, and the prominence from its shelter has reached the Colombian constitutional court are described in this article, transforming as an agent of social democracy, public and progressively impacting the itinerary of the political and legislative process, generating a tensional relationship between the judge and legislator, topic to be addressed when tested previously, the material scope of the rights under study, hereinafter Desc.

It is precisely because of the effects that this activism has generated, in the end it is concluded that, in the Colombian reality, or societies in conflict, constitutional judges cannot always assume powers that end up eroding the institutions and from the shore, is peremptory stabilizing systems under real perceptions, arising from the political consensus and ne spaces is conclusively establish that: i) the scope of judicial activism; ii) the limits within which you must meet the interpretative task of the constitutional order and iii) the tensions that often occur in this labor when unchecked, under certain margin of discretion and progressivism, decisions are positioned manipulative interpretations that do not fit refer to a method that our social evolution and under this facade, the positive legal system is distorted.

Keywords. Economic, social and cultural rights; constitucionalization; Social and Democratic Rule of Law; public policies; judicial activism, judicial discretion.

INTRODUCCIÓN

Luego de observar el vasto horizonte de los derechos económicos, sociales y culturales – también conocidos como derechos sociales o simplemente Desc– en el espacio de su materialización, se considera importante abordar el análisis de las asimetrías que los orbitan en el contexto social colombiano y especialmente, la manera como los jueces constitucionales descienden por el torrente de las políticas públicas, partiendo de una típica

discrecionalidad judicial, que se halla justificada, desde la óptica de muchos teóricos nacionales, precisamente porque estos funcionarios se han dado a la tarea de amparar esta clase de derechos, sin estar dadas las condiciones para su plena eficacia, produciéndose una erosión o profunda tensión, entre el juez –especialmente el constitucional– y el legislador, que se descubre a propósito de la función política que la administración de justicia –particularmente– está llamada a cumplir, bajo las diferentes orillas que explican esta tarea.

En efecto, en punto de los derechos económicos, sociales y culturales, la corte constitucional colombiana, ha judicializado en los últimos años, ciertas políticas relacionadas con la atención de población vulnerable y en situación de debilidad manifiesta, a quienes ya había concedido amparos individuales a través de la acción de tutela, afianzada en un constitucionalismo contemporáneo, que le imprime otras dimensiones a las tareas del juez, desde las cuales se ha permitido que las fuerzas sociales conquisten los umbrales en los que se posiciona el orden justo. Para estos fines se estudian algunos perfiles doctrinales, así como los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, al plantearse el debate sobre la protección de estos derechos, que incluso se ha estimado como de línea superabarcativa en algunos momentos.

Con estos propósitos, presentaremos en un primer capítulo, los Derechos sociales desde sus particularidades, destacando que en el escenario democrático es imperiosa su judicialización, al menos en cuanto a su contenido mínimo, tal como lo exponen destacados tratadistas que defienden la actitud proactiva del juez constitucional, ante el silencio del legislador y del ejecutivo en el alcance de ambientes esenciales de dignidad humana, especialmente para las personas en condiciones de vulnerabilidad, lo que torna el panorama abiertamente asimétrico. En un segundo momento en el que se descubre la relación tensional entre poderes, se sustentará la tesis de que si bien es cierto el protagonismo de los jueces colombianos ha neutralizado ostensibles injusticias sociales, también lo es que el experimentalismo judicial, debe partir de un prudente análisis, que contrarreste los riesgos autoritarios o en últimas, las decisiones sistemáticamente incumplidas, pues el activismo desbordado, deteriora y desacredita el orden institucional, además de erosionar el sistema, cuando esa no es la teleología del programa político establecido en la Constitución.

I. BALANCES Y SIMETRÍAS DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

En Colombia, la inclusión de normas para materializar los derechos sociales*, data de la reforma constitucional de 1936. Esta responsabilidad estatal frente a los desbalances

* Recuérdese el Manifiesto del Partido Comunista, que se descubre en contra de los valores y principios del Estado Liberal, abriéndole camino a la constitucionalización de los DESC en etapas posteriores.

económicos, ha permanecido y se ha consolidado particularmente, desde la expedición de la Constitución de 1991, que adoptó la fórmula de “Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general” (Art. 1º de la C. P. colombiana) estableciendo obligaciones claras a las autoridades, para procurar la satisfacción de las necesidades básicas, que le garanticen a las personas una existencia digna, lo cual incluye, no sólo la garantía del mínimo vital, sino la atención preferencial a quienes se encuentran marginados, discriminados o en circunstancias de debilidad manifiesta (Art. 13 de la C.P.)².

Abramovich y Courtis³, entre otros estudiosos del tema⁴, han sostenido que ambas “generaciones” de derechos, contienen obligaciones tanto negativas como positivas, pero con distinta intensidad de grado y no de naturaleza, justificable sólo en la medida en que permita comprender los momentos paradigmáticos en los que apareció cada una, pero tal distinción es ontológicamente inútil y no hay manera de posicionarla, ante la transmutación del Estado liberal al social y democrático de Derecho, como lo explica Baldassarre⁵.

Como se observa, el tema de catalogar los derechos humanos es una cuestión inconclusa, que se acompaña –como lo enseña el investigador Sergio García Ramírez⁶– de soluciones jurídico-políticas que no se agotan en un solo esfuerzo, proclamándose entonces, derechos y libertades, seguidos de la construcción de garantías e instituciones. Así lo destaca el citado autor:

Al final del prolongado proceso y del arduo debate, se llega a una firme conclusión: el carácter integral de los derechos humanos. Todos son, de una sola vez, el escudo protector del ser humano: se reclaman, condicionan y perfeccionan mutuamente, y por ende es preciso brindar a todos la misma atención*. (...) La “Carta Magna” del hombre moderno –a varios

² Semillero de investigación, dirigido por María Patricia Balanta Medina en la Unidad Central del Valle del Cauca de Tuluá, ponencia: “Los derechos sociales en las comunidades afrodescendientes de Buenaventura. Un tema de asimetrías entre judicialización y Políticas Públicas”, presentado en el marco del XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, X Concurso Internacional de estudiantes pregrado, por el estudiante, Arlex Martínez Artunduaga. p. 4 y ss.

³ V. ABRAMOVICH, y C. COURTIS, Los derechos sociales como derechos exigibles. Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 10 y 64.

⁴ F. MARIÑO, “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de las Naciones Unidas”, Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/dspace/handle/10016/1201>, p. 87.

⁵ A. BALDASSARRE, Los derechos sociales, Universidad Externado de Colombia, 2001, Bogotá, p. 184 y ss.

⁶ S. GARCIA RAMIREZ, “Raíz y horizonte de los derechos ‘sociales’ en la Constitución mexicana”, Estudios jurídicos, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, p. 12 y ss.

*En los términos de los Principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “en vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación y promoción de ambos: los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales” (principio 3). En la “Introducción” de este documento se explica que: “un grupo de distinguidos expertos en el

siglos de la *Magna Carta* medieval, e incluso de las declaraciones americana y francesa – recoge en un haz los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales*. El criterio de la unidad, que impide trazar divisiones rigurosas entre las categorías de derechos humanos, ha llegado a la jurisdicción internacional*.

En efecto, los derechos sociales en el orden interno, los ampara la Constitución Política desde el Preámbulo, donde se propone asegurar a sus integrantes, el trabajo, la justicia y la igualdad, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo⁷, directrices que infunden al Estado, un compromiso inaplazable con la ejecución e implementación de medidas que materialicen estas garantías⁸. De igual manera, la adopción del modelo Social y Democrático de Derecho, genera una serie de actitudes frente a los DESC, que se destacarán muy someramente. Esta Carta, reserva el Capítulo II del Título Primero, a los derechos económicos, sociales y culturales, en el que se proclama el conjunto de garantías para la familia y sus miembros; la protección a las personas en estado de debilidad manifiesta; la seguridad social y la salud; la vivienda digna; el deporte y la recreación; el trabajo y las prerrogativas que le son inherentes; la propiedad privada*; la educación en sus diversas modalidades; la difusión del conocimiento y la protección del patrimonio cultural; la libertad de prensa y el acceso a documentos públicos; el carácter oficial del espectro electromagnético y demás disposiciones relativas a su uso, especialmente sobre la televisión⁹.

Dicha positivización es trascendental, no obstante, que el Capítulo I se le denominó “De los derechos fundamentales”, incurriendo en la impropiedad de categorizar las garantías consagradas en la propia constitución, frente a lo cual la Corte Constitucional ha hecho

campo del derecho internacional, convocados por la Comisión Internacional de Juristas, La Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht, los Países Bajos) y el Instituto de Derecho Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos de América), se reunió en Maastricht de 2-6 de junio de 1986 con el propósito de considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados partes, conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la consideración, por parte del recientemente constituido Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del ECOSOC, de los informes presentados por los Estados partes; y la cooperación internacional bajo la parte IV del Pacto”.

* Los Principios de Limburg recuerdan que la Declaración Universal y ambos pactos internacionales, derivados de ésta, “en su conjunto constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos” (principio 2). Cfr., asimismo, Montaña, Jorge, *Las Naciones Unidas y el orden mundial. 1945-1992*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 77, y Morgan Sotomayor, Yerenit, “Los derechos humanos en la organización de las Naciones Unidas”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, núms. 55-56, febrero de 1999, pp. 71-72.

* A este respecto, es ampliamente conocido y citado el Caso Airey – un Leading case – en el que la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que no existe división insalvable entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales. Cfr. *Airey Case, judgment of 9 October 1979*, ECHR, serie A, núm. 32, pfo. 26.

⁷ Constitución Política de Colombia. Preámbulo.

⁸ B. LONDOÑO, “La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, Abril de 2007, pp. 113 y 135.

* A la cual se le asigna una función social. Artículo 58.

⁹ Ver artículos 42 a 77 de la Constitución Política de Colombia.

claridad^{*}, pese a las críticas aducidas por los partidarios del liberalismo, que se han escudado en la censura al activismo judicial para confrontar las decisiones emitidas por este organismo, en cumplimiento del deber de custodia de la Ley Superior, especialmente cuando se involucra en asuntos de índole económico¹⁰, tan recurrentes en el tema de las garantías sociales, el impacto de su aplicación y la subsistencia del principio de legalidad en Colombia. Como ejemplo, se puede tomar la expectativa generada con la Sentencia de Tutela 406 de 1992¹¹, donde se favorecieron los derechos sociales, optando por una posición en la que se justificó la intervención judicial¹², para garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional, definiendo el contenido de los DESC. Expresando el alto Tribunal que, sostener que los derechos sociales, económicos y culturales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, es no sólo una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución. Si la responsabilidad de la eficacia de los derechos mencionados estuviese sólo en manos del legislador, la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa¹³.

Desde esta perspectiva diremos que, en el establecimiento revolucionario de una Constitución, queda patente la materialización de las garantías fundamentales, aplicando el

* El grupo investigador op.cit. presentaba en su trabajo, un resumen de los fallos que presentan notable trascendencia social, muy a pesar de las limitaciones conceptuales, en estos términos: En el caso colombiano la primera jurisprudencia que permitió extender el carácter fundamental a otros derechos no reconocidos en el capítulo constitucional dedicado a ellos, fue la sentencia T – 002 de 1992, donde se estableció que la ubicación del texto en la Carta Política es un criterio auxiliar y no taxativo, cerrándole la puerta a la interpretación restrictiva que podría traer aparejada la Ley Superior, e instituyendo un criterio material. Así, se permitió incluir dentro de las libertades primarias a través de la providencia citada, junto con los fallos T - 008 y T- 406 de 1992, aquellas que el constituyente calificara de manera expresa; los derivados de instrumentos internacionales debidamente ratificados por Colombia; aquellos que se establecieran como inherentes a la persona humana; también cuando devienen conexos con las garantías de primer orden y; por último, aquellos que el juez concordara mediante una hermenéutica sistemática con las condiciones espacio temporales en las que se halla inmerso el reclamante. También ha sostenido la misma Colegiatura la tesis del perjuicio irremediable ante un riesgo que debe ser inminente, urgente, grave y de atención impostergable, cuya tutela se hace efectiva, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, puesto que, si no se concediera el amparo, el bien jurídico podría verse severamente afectado e incluso extinguido. Por ello, se ha reconocido la garantía jurisdiccional como una especie de medida precautelativa, tal como se expuso en la sentencia T – 432 de 2002, Magistrado Ponente, doctor Jaime Córdoba Triviño. Se cuenta también, entre otros avances, el amparo otorgado a los ciudadanos que deben recibir atención especial por parte del Estado, entre ellos: niños, adolescentes, trabajadores, sindicatos, adultos mayores, discapacitados, mujeres embarazadas y/o cabezas de familia, protegidos con dicha calidad por la misma Constitución, en sus artículos 44, 45, 53 – 56, 46 y 43, respectivamente.

¹⁰ M. CEPEDA ESPINOSA, *Polémicas constitucionales*, Legis, Santa Fe de Bogotá. 2008, p.122 – 123.

¹¹ Magistrado Ponente, Doctor Ciro Angarita Barón.

¹² V. ABRAMOVICH y C. COURTIS Christian, *Op. Cit.*, p. 37.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T – 406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón. Numerales 9 y 20.

marco normativo que las ampara*. En esta medida, el poder público debe cumplir sus funciones con visión social, oxigenándose en materias complejas y ámbitos funcionales, que obedecen al nuevo paradigma que el orden constitucional impone, sobre todo, por la fuerza vinculante de la Carta Política, como lo expone la teoría Habermasiana. Sin duda, se recoge en estas primeras líneas, el imperativo inaplazable de colocar los DESC bajo protección judicial, como la única forma de evitar que resulten perjudicados en el debate democrático. Este es un fuerte argumento ético-político en defensa de su juridicidad, pero sin que se llegue a desestabilizar el orden institucional.

Precisamente las dificultades suman y paulatinamente en todos los Estados, se hace necesario abrir espacios para no dejar los DESC sin contenidos de materialización y por ejemplo en Colombia, la Corte Constitucional, cinco años después de la sentencia hito en materia de derechos sociales (406-1992) mediante otra decisión, condicionó la prosperidad de su defensa, cuando se acciona la cláusula 86 constitucional, conduciendo a la secundarización atenuada de los derechos sociales¹⁴. Posteriormente, las sentencias SU-559 de 1997 y SU-225 de 1998, reaccionaron contra el palmario desconocimiento de los DESC provocado especialmente por las estructurales fallas en el servicio, la corrupción, la burocracia clientelista y la marginalidad extrema que subsume a millones de colombianos en la pobreza y la indigencia, lo que constituye un atentado preclaro contra la dignidad humana y se elaboró entonces la teoría del estado de cosas inconstitucional y la del mandato superior de erradicación de injusticias presentes¹⁵, especificando la protección de los derechos sociales cuando hay afectación al mínimo vital. Desde esta perspectiva se explica porqué el tratamiento de los DESC, es un tema de balances y simetrías.

*En investigación dirigida por Balanta Medina, í en el año 2012 en la Unidad Central del Valle del Cauca de Tuluá, ob.cit., se precisaba por el grupo que: desde finales de 1980, los Tribunales Constitucionales de distintos países empezaron a labrar senderos de justiciabilidad para los DESC. En la India y en Sudáfrica se han realizado preciados avances jurisprudenciales. En el primero, se ha ordenado proteger trabajadores mediante salarios que garanticen la incertidumbre laboral; de igual manera, se ha conminado al Estado para que no disminuya las condiciones de subsistencia de las personas, ante una medida de desalojo que judicialmente no se podía evitar, entre otras decisiones de amparo a los DESC. En el segundo, la labor de la Corte Constitucional se ha visto beneficiada porque su norma fundamental estatuye un catálogo numeroso de derechos sociales justiciables, sin que la escasez de recursos pueda condicionar su exigibilidad, lo cual le ha permitido tutelar la vivienda digna a colectivos de indigentes, el acceso a medicamentos para enfermos de VIH, y ha estipulado que tiene la potestad de conferir derechos sociales, en ejercicio legítimo de sus funciones.

¹⁴ Sentencia SU-111 de 1997. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵ B. SOUSA SANTOS y M. GARCÍA VILLEGAS, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Siglo del Hombre editores y Universidad de los Andes, Bogotá. 2001, p. 462-463. La sentencia T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional, respecto de diversas situaciones que constituyen una afrenta a los derechos humanos, como ya lo había hecho en la T-153 de 1998, en relación con el hacinamiento carcelario.

De igual manera, en punto de las modalidades instrumentales, resalta el doctor, Osvaldo Alfredo Gozaíni, en su conocido artículo sobre la Judicialización de los Derechos económicos, sociales y culturales que, también en este espacio, las asimetrías en la protección son elocuentes. Los derechos sociales avanzaron a paso firme y constante logrando el reconocimiento de procesos especiales como de acciones colectivas que defendieron los derechos del trabajo y la seguridad social. Sin embargo, el progreso no fue parejo con los demás derechos del conjunto, producto quizás de la indeterminación del objeto a tutelar y de la resistencia de los Estados alegando el estado de emergencia económica. Muchos han optado por el “juicio de amparo” (recurso de protección; *mandado de segurança*, acción de tutela) cuya naturaleza constitucional amplía notoriamente el permiso para debatir los derechos que nos interesan.

En Colombia se ha acudido a la tutela para efectos de proteger los DESC, pero obsérvese que en otras legislaciones, como bien lo anota el doctor Gozaíni, se han cometido graves errores, al querer adoptar un modelo de procedimiento que tiene reglas adaptadas para una lucha entre partes, en condiciones aparentes de igualdad y equilibrio¹⁶. Precisamente en punto de la justiciabilidad de tales derechos, el investigador, Sergio García Ramírez¹⁷, estimando la integralidad no sólo de los derechos humanos, en su condición de tales, sino también su protección, se apoya en la progresividad, analizando que, en rigor, todos los derechos son exigibles –de lo contrario carecerían de la calidad de derechos y no existirían, en contrapartida, auténticos deberes– aunque la exigibilidad pueda verse sujeta a modalidades de forma, tiempo o medida. Indica entonces que, la progresividad misma es, de suyo, un derecho reclamable: caminar ya, ir adelante y no retroceder son, en efecto, el núcleo duro en el que se sustenta una primera exigencia y se apoya la “justiciabilidad” de la materia; otras tienen que ver con los avances que se logren, precisamente en virtud de la progresión puntualmente cumplida.

Finalizando este apartado, debemos referirnos brevemente a las aporías que ha generado el denominado por muchos constitucionalistas: “totalitarismo judicial” en materia de derechos económicos, sociales y culturales, donde el parlamento y el pueblo parecen perder toda importancia y que, a propósito, la Corte Constitucional lo presenta en la Sentencia T-406 de 1992, con ponencia del doctor Ciro Angarita Barón, diciendo que, estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Esta caracterización, adquiere una especial importancia en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus

¹⁶ O. GOZAÍNI, “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 19

¹⁷ Op.cit, p. 135.

textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. Es aquí donde se destaca el rol activo y progresista que adquiere el juez constitucional en el estado social de derecho.

Se iniciaron entonces las tareas de los jueces constitucionales en Colombia, bajo el esquema de una Constitución moderna, prolija en principios y derechos, que por su misma abstracción, han reclamado la elaboración de su contenido teórico y una mayor precisión sobre su alcance y límites en su ejecución, bajo su triada de sometimiento del poder político al Derecho, la división del poder público y el establecimiento de las garantías a las libertades de los ciudadanos, al paso que se compromete sólidamente, con la igualdad material de los individuos, bajo la premisa del respeto a la dignidad humana. Con esta nueva lectura del Estado, se redimensiona a la persona, dotándola de un carácter ético* con consecuencias jurídicas y políticas.

Son suficientes estos renglones para entender que, a partir del llamado “derecho de los jueces”, se avanza en la función pacificadora de la jurisdicción constitucional, proyectándose socialmente con una actitud catalizadora del orden justo, ante la pretensa pérdida de liderazgo político del legislador. Se escuchan también posiciones interesantes y distantes de esta concepción activista, que anuncian un verdadero golpe de Estado, cuando la Corte Constitucional se arroga las competencias del Congreso, pues desconoce de entrada la legitimidad del constituyente primario. Es ésta la relación tensional que se ha producido en Colombia entre los jueces y el legislador, que se analizará en el capítulo siguiente.

II. EL JUEZ Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA REALIDAD COLOMBIANA.

Destacaba Alexis de Tocqueville¹⁸ que, los tribunales sirven para corregir los extravíos de la democracia. Significa que en el espacio de las grandes transformaciones políticas y sociales, se ha venido ampliando el papel del control jurisdiccional sobre los poderes públicos, más allá de lo que sucedía en el viejo paradigma liberal y que afecta al sistema político, es finalmente la extensión de las funciones propias del Estado Social y Democrático de Derecho, a consecuencia, por una parte, del crecimiento de su intervención

* Esta dimensión del individuo hunde sus raíces en los imperativos categóricos de Kant, y en parte, ello justifica las múltiples citas a este autor. Unas 56 veces durante la primera década de funcionamiento de la Corte, es decir, casi cada vez que el tribunal en mención ha intentado darle un mayor despliegue doctrinal a este principio y derecho. Sobre las referencias de la Corte Constitucional a Kant, puede consultarse al autor: G. RAMÍREZ, quien presentó el tema: El precedente constitucional y el pensamiento de Kant. En V Jornadas del Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

¹⁸ A. DE TOCQUEVILLE, *La Democracia en América* (1835), México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 286.

en la economía, y, por otra, de las nuevas prestaciones requeridas por los DESC constitucionalizados: salud, educación, seguridad social, subsistencia y otros análogos.

En la medida en que se empiezan a reconocer, los caracteres institucionales de la fórmula de Estado que se enuncia, los jueces ven ampliado el espectro de sus funciones, al margen de las estructuras del antiguo sistema liberal y en ausencia de garantías eficaces para los nuevos derechos y de mecanismos adecuados de control político y administrativo – conforme lo expresan algunos–. A partir de este recorrido, el profesor, Manuel José Cepeda Espinosa, expone que, no se entiende la democracia constitucional, que es la más ambiciosa concreción del Estado de derecho en cualquiera de sus modalidades, sin un órgano judicial con el poder y la independencia suficientes para defender la supremacía de la Carta Política¹⁹.

Con base en estas notas preliminares, ha quedado plenamente visualizado –desde el punto de vista de quienes elogian el rol protagónico de los jueces constitucionales– un panorama que para Colombia, se presenta como de plena confianza en la rama judicial, a partir de una misión esencial de sus funcionarios: ser garantes y defensores de los derechos constitucionales, que en palabras del doctor Cepeda Espinosa, constituye un despertar de la conciencia, en punto que la protección de los derechos, no solo le da vida a la Constitución, sino que es el pilar de la democracia participativa, al paso que establece límites sustantivos efectivos al ejercicio del poder²⁰.

Partiendo de la proclama de que todos los jueces en Colombia, a partir de la Constitución de 1991 son jueces constitucionales, los mismos se presentan como garantes de la estabilidad de las instituciones democráticas. Pero esta inferencia no se ha quedado en mera retórica, sino que desde la Corte Constitucional, se ha emprendido la tarea de contribuir a la materialización y desarrollo de la Carta Política, y es así como ha ido matizando varios aspectos de nuestra complicada realidad nacional, ejerciendo una marcada influencia sobre el fortalecimiento del Estado Social de Derecho y la transformación del ordenamiento jurídico y su aplicación, siendo visible la profunda incorporación del derecho constitucional en materias penales, civiles, administrativas, laborales, de familia y otras especialidades; la introducción de temas y debates contemporáneos al constitucionalismo colombiano; el surgimiento, gracias a la acción de tutela, de una nueva jurisdicción de equidad en Colombia; y, el ejercicio de una presión considerable para el desarrollo de cambios adicionales en el sistema jurídico, en asuntos tan novedosos como la introducción de precedentes judiciales en un sistema jurídico de tradición romano-germánica²¹.

Rescatando en este contexto los efectos que las decisiones de la Corte Constitucional han producido en la vida política y social de Colombia, es preciso mencionar en palabras del ex

¹⁹ M. CEPEDA ESPINOSA, Op. cit. , pp. 5 y 7

²⁰ Ídem., p. 96

²¹ Ídem. p. 61

magistrado, Cepeda Espinosa que, esta dinámica, y el sistema como un todo, generan interrogantes recurrentes, que se han convertido en fuente de análisis y debates, que el citado autor concreta así: ¿La Corte cuenta con la capacidad institucional necesaria para responder a tantos problemas diferentes? ¿Cómo puede resolverlos sin invadir la esfera de competencias de otras autoridades? ¿Es legítimo que la Corte intervenga en temas en los cuales hay diversas soluciones posibles y las opiniones están divididas? ¿La Corte debe tener en cuenta elementos extra-jurídicos al adoptar sus decisiones, tales como las visiones de las partes en conflicto sobre la interpretación constitucional, o los costos políticos y económicos de sus sentencias?²².

Precisamente procurando responder estos cuestionamientos, se han emprendido también serias reflexiones académicas en las últimas décadas y hasta se ha llegado a elevar propuestas de reforma o reestructuración de la Corte Constitucional, con el propósito de limitar sus poderes, pero hasta hoy no se ha avanzado mucho y por todos es comentado, el conocido choque de trenes, que campea la práctica judicial en Colombia, en el escenario de las Altas Cortes, las que se aferran individualmente a una reforma judicial urgente sobre la materia, amén de enfrentar también una relación tensional entre los mismos jueces constitucionales y el legislador, especialmente.

Nos encontramos inmersos entonces en lo que la Corte Constitucional ha denominado, “transformación cualitativa del Derecho”, pues ha surgido un nuevo perfil para interpretarlo en total dimensión²³ y así, el mismo órgano de cierre, lo ha resumido como “pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”²⁴.

²² Idem. p. 61 y ss.

²³ J.A. GARCÍA AMADO, “Razón y práctica y teoría de la legislación”, *Derechos y libertades*. Revisa del Instituto Bartolomé de las Casas, 9 (2000), pp. 316-317. Una idea semejante sostiene J.L. Díez Ripollés: La Constitución impide la arbitrariedad del legislador, pero no significa hacer quebrar la división de poderes y desplazar el poder de decisión hacia la jurisdicción. Para ello, resulta adecuada la idea de un control “débil”, que se circunscriba a vigilar que se respetan las exigencias comunicacionales; exigencias que van más allá de las formalidades de procedimiento y competencia, y se extienden a garantizar la participación ciudadana, a dar relevancia a las opiniones sociales, a elaborar estudios sobre la realidad social en la que se intenta incidir, los objetivos a perseguir, los medios de que se dispone, las consecuencias, la aceptabilidad, la coherencia con el resto del ordenamiento. En suma – señale el autor- la concurrencia de tales presupuestos hará que la ley supere el control de constitucionalidad por respetar un limitado nivel de racionalidad, sin que en ningún momento eso prejuzgue el contenido de la decisión legal finamente adoptada ni su racionalidad socialmente exigible. , DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de la leyes penales, práctica y teoría*, Madrid Trotta 2003. Cita hecha por Santiago Carretero. Normas de «acción positiva» e interpretación: ¿Un nuevo modelo de juez?. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. 2009. 84 y 85 p. Disponible en: <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/>

²⁴ Sentencia T – 406 de 1992, el Juez en el Estado Social de Derecho es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la constitución – sus principios, sus normas- con la ley, con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de

En orillas diametralmente opuestas, el profesor Javier Tamayo Jaramillo, plasma sus notas con respecto a este escenario, formulando fuertes críticas al activismo de la Corte Constitucional colombiana, precisamente en punto de la sentencia que acaba de citarse, explicando que la Corte olvida o ignora que, ese activismo judicial tiene su origen en Alemania, donde nació, en una norma constitucional de aquel país, que nosotros no tenemos. En efecto, en la Constitución alemana se establece que el juez está sometido al imperio de la ley y del Derecho, lo que permitió al Tribunal germano acudir a la interpretación valorista, pero nunca con la audacia de nuestra Corte. Pero el artículo 230 de la Carta de 1991 –en Colombia– no habla de la ley y del derecho, sino sólo de la ley, en sentido normativo. Luego –continúa el tratadista en cita– si somos un estado social de derecho donde los jueces se someten sólo al imperio de la ley y de las normas vigentes en general, no se ve cómo el juez adquiere el protagonismo que despliega la Corte en esta sentencia. Si la ley está de acuerdo con la Constitución, la Corte no tiene por qué desconocerla para aplicar los valores que ella cree justos para el caso concreto²⁵.

Por su parte, regresan los argumentos de Cepeda Espinosa, resaltando que el impacto de la Corte Constitucional en el campo político, es positivo, pues los conflictos comunitarios se han convertido en problemas constitucionales que se resuelven pacíficamente en un escenario que se debe a cánones fundamentales que permean la realidad social, específicamente porque:

-Ha contribuido a la construcción del Estado de derecho, expandiendo sus alcances y efectividad en un contexto en el que el imperio de la fuerza a menudo parece prevalecer, y fortaleciendo las instituciones públicas, amenazadas por todo tipo de obstáculo y riesgos. Ello ha generado fuertes debates sobre temas tales como el grado de poder – para algunos, demasiado amplio– que fue otorgado a la Corte, o sobre las consecuencias de un proceso de intensificación de la judicialización de la política en el país.

- Ha modificado, en ciertos casos, el equilibrio de poder social y político, entre otras al otorgar más poder a los débiles, los vulnerables, los marginados y los desorganizados, cuando éstos cuentan con un derecho constitucional que los protege, y ha hecho todo eso, sin privar al Estado de sus medios legítimos de acción para contrarrestar los diferentes tipos de retos que deben afrontar las instituciones colombianas, y atender a los múltiples problemas sociales y políticos de la nación.

-También, en el curso de su primera década de existencia, la Corte no sólo ha adoptado decisiones sobre los problemas nacionales de mayor urgencia sino que también ha proferido

los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son en estricto sentido jurídico procesos de creación de derecho.

²⁵ J. TAMAYO JARAMILLO, *La Decisión Judicial*, Tomo II, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, pp. 1333 y 1334.

sentencias que versan sobre los grandes temas del derecho constitucional contemporáneo. Estos pueden clasificarse en tres grupos: (i) las controversias tradicionales asociadas con el control constitucional de las leyes, (ii) los grandes debates de posguerra en el constitucionalismo occidental y (iii) los temas que han surgido durante la transición del siglo XX al XXI²⁶.

Conviene destacar que ha habido un amplio, rápido y notable margen de actualización en los temas que se conectan con los derechos fundamentales y las libertades básicas. Es que la Corte no sólo ha decantado la tradición occidental actual, sino que ha incursionado en temas adicionales en punto de la autonomía personal, la discriminación sexual y la exclusión social, por citar sólo algunos y se avanza en asuntos vinculados con la igualdad racial*, los derechos de los homosexuales y los derechos reproductivos. Precisamente sobre los tópicos relativos a la transición del siglo, el reseñado autor, los presenta en el contexto del multiculturalismo y el derecho a la diferencia colectiva, el diálogo intercultural y la libre determinación de los grupos étnicos, en tanto pre-requisito para la preservación de la diversidad; de igual manera se han abordado aspectos que se conectan con la exigibilidad de los derechos sociales, creando la doctrina del estado de cosas inconstitucional y ha protegido el derecho a la salud, por medio de la acción de tutela en ciertas condiciones que se vinculan con la vida digna; también se ha atendido el problema de la aplicación de las disposiciones sobre derechos fundamentales a las relaciones entre particulares; y, el *status* activo de las mismas garantías²⁷.

Precisamente el tratadista Tamayo Jaramillo, en el escenario del *status* activo de los derechos fundamentales, menciona que no se impone desconocer la legalidad y así lo deja explicado, luego de destacar los efectos benéficos que para la sociedad alemana ha traído la interpretación constitucional del Tribunal germano y de admitir el enorme poder político de dicha corporación, como bien se lee en la obra colectiva, *Manual de Derecho Constitucional*, escrita por Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyden y dirigida por Konrad Hesse, cuando estos autores afirman que deviene equivocado afirmar un predominio del *Bundesverfassungsgericht*. Si ello fuera cierto, hace tiempo que habría aflorado una decidida resistencia a una evolución hacia El estado judicial –el derecho de los jueces– entendiéndose que, a diferencia de otros órganos estatales, el Tribunal carece de competencias o posibilidades para una acción configuradora y sólo le compete juzgar a posteriori la acción de otros órganos estatales, y ello únicamente si se le invoca en el marco de un procedimiento reglado y cuando otro órgano haya transgredido los límites constitucionalmente establecidos. Entiéndase en este contexto que el liderazgo político y la

²⁶ M. CEPEDA ESPINOSA, Op. cit. p.62

* La Corte Constitucional ha definido otros sectores poblacionales a quienes ha concedido idéntica condición, estos son los individuos con orientación sexual diversa, los indigentes, los reclusos, los desplazados y los grupos étnicos, especialmente los indígenas y afrodescendientes a quienes se les ha brindado un reconocimiento especial como sujetos colectivos ligados a su territorio de una manera distinta a la cosmovisión occidental.

²⁷ *Ibíd.* p. 64

determinación de objetivos, residen en otros órganos y la función pacificadora de la jurisdicción constitucional se pone en cuarentena, a través de la viciosa práctica de estigmatizar a los perdedores como desleales a la Constitución²⁸.

También la Corte Constitucional en Colombia ha tratado el tema de la separación de poderes, con respecto al tratamiento de los DESC, en el Estado Social y Democrático de Derecho, estimando que tal noción, ha pasado a ser en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos. Explica que desde esta noción contemporánea, el juez puede convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que éste, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, debe adoptar las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expedir las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de protección efectiva de los derechos de los asociados.

Desde este escenario, la Corte presenta este dilema: ante la falta de intervención legislativa que desarrolle los derechos prestación del capítulo II título 2° de la Constitución, ¿debe el juez permanecer a la espera de que se produzca dicho desarrollo, y en tal caso, considerar los textos que consagran tales derechos como desprovisto de fuerza normativa, o por el contrario, debe el juez definir el contenido de tales derechos, anticipándose al legislador y aplicándolos de manera directa a partir del propio texto constitucional? El cual responde diciendo que, el funcionario debe actuar con prudencia y firmeza a la vez, pues la intervención judicial en el caso de un derecho económico social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental²⁹.

Significa que en la denominada lucha por el poder político, en la cual se ha señalado como protagonista a la Corte Constitucional colombiana, se produce una relación tensional entre los jueces y el legislador, a partir, sin duda de una concepción ideológica de izquierda democrática -en palabras del doctor Tamayo Jaramillo³⁰- muy a pesar de los conocidos argumentos de la Corte. Así presenta el asunto, el citado tratadista:

Y aquí ya se destapan las cartas de ambiciones de poder político. La Corte en este fallo, no es que interprete la Constitución y la ley de acuerdo con sus concepciones políticas, lo que es apenas explicable. Ella quiere convertirse en un arma de poder político para moldear la sociedad, no a la luz de lo que quiso el pueblo que redactó su Constitución y le dio a la Corte el mandato de guardarla más no de cambiarla, sino de acuerdo con su concepción de lo que ideológicamente debe ser América Latina. La Corte se arroga la facultad de cambiar los textos constitucionales según las circunstancias políticas lo exijan y permitan. O sea lucha

²⁸ BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDEN, Manual de derecho constitucional, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 839.

²⁹ Sentencia T- 406 de 2002. Op. Cit., numerales 4, 5, 8, 9 y 18.

³⁰ Op. Cit. pp. 1340 y 1341

por el poder político del país, hasta el punto que pretende desbancar al Parlamento y al texto constitucional mismo*.

Con apoyadura en la obra colectiva antes reseñada: *Manual de derecho constitucional* escrita por Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyden, dirigida por Konrad Hesse, no hay manera para entender que los tribunales constitucionales dispongan de potestad normativa y menos que lleguen a gestar jurisprudencia configuradora*. Anuncian estos teóricos en cita que hiciera el doctor Tamayo Jaramillo, que el Tribunal Constitucional carece de derecho de iniciativa y no puede producir jurisprudencia configuradora, por lo que ha de reducirse a declarar conforme a la Constitución o inconstitucionales, los actos de los poderes públicos a examen³¹.

Por su parte, tiene claro la Corte Constitucional colombiana que cuando ha adoptado decisiones progresistas, generalmente ha obrado soportada en valores liberales superiores, como cuando se ha pronunciado sobre la extensión del plan obligatorio de salud al hallar amenazado el mínimo vital.³² Expone que de seguro, el punto de encuentro entre el juez y las políticas económicas, involucra la evaluación de los logros en crecimiento económico, así como en equidad, inclusión social, desarrollo, entre otros; y, en este orden de ideas, se han presentado decisiones imposibles de cumplir a corto plazo –ridiculizando el orden institucional– y la Corte ha terminado ejerciendo un proceso de seguimiento en sala especializada a las mismas –concretamente a su cumplimiento– mientras las instancias competentes ajustan las políticas públicas y los planes de desarrollo, para articular la protección ofrecida por la plenaria de la Corte Constitucional; es el caso de los desplazados por la violencia, el hacinamiento carcelario, por citar sólo dos ejemplos.

*Al respecto agrega el doctor Tamayo que, se asoman en estas consideraciones las barbas de Carl Schmitt en su desafecto por el Parlamento y su pasión por un poder fuerte que tenga la potestad de tomar decisiones a favor del pueblo a quien representa. En Alemania fue Hitler y en Colombia es la Corte misma la que cree tener la capacidad de suplir al Parlamento y establecer la cordura y el equilibrio social y económico que el país necesita. ¿De dónde saca la Corte su opinión de que el Parlamento ha perdido legitimidad? Alguien podrá afirmar que es ella la que ha perdido la legitimidad al desconocer los textos constitucionales que el constituyente primario le encomendó guardar. Op. cit. idem..

*Concretan los exponentes reseñados que, en ese sentido habrá que tener en cuenta en primer lugar que el Bundesverfassungsgericht no es la única instancia que debe poner empeño en la ejecución y la imposición práctica de la Constitución. De lo que dispone el Tribunal es de la última palabra en la interpretación constitucional, así como –frente a la Jurisdicción Ordinaria– del monopolio de declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Lo esencial es que como órgano constitucional el Bundesverfassungsgericht es un tribunal. Ni dispone de potestad normativa ni se cuenta entre las instituciones políticas responsables de la activa configuración de la comunidad y de su futuro. Como órgano le compete la limitada tarea de aplicar en un procedimiento judicial el derecho producido por órganos dotados de potestad normativa, interpretarlo y desarrollarlo dentro de los límites de la interpretación. Respecto de otros tribunales únicamente pueden examinar si sus sentencias son conforme a la Constitución. Op. cit. idem..

³¹ Op. Cit. p. 839

³² C. ROUX y J. RAMIREZ, Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad. CEPAL. Serie Estudios y Perspectivas, Santa Fe de Bogotá, 2004. Disponible en: www.eclac.cl/publicaciones/xml/5/21305/lcl2222.pdf

En punto de la influencia que en el tema de los DESC han tenido organismos financieros multilaterales como el Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), la doctora Ligia Bolívar, convoca a dos reflexiones:

Primero, no es necesario –además de resultar inadecuado por las razones antes expuestas– clasificar como nuevos agentes de violación a organismos financieros multilaterales para incidir en sus políticas y asegurar correctivos que eviten efectos negativos sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Pareciera más adecuado articular el trabajo de defensa de este grupo de derechos frente a dichos organismos como parte del conjunto de estrategias ante organismos intergubernamentales y agencias especializadas, en el cumplimiento de obligaciones que les impone la Carta de la ONU. (...) De lo que se trata, en definitiva, es de obligar a los Estados a cumplir con sus responsabilidades en materia de derechos humanos y ello debe incluir todas las instancias de presencia estatal, desde la municipal hasta la multilateral.

En segundo lugar, es necesario recordar que los organismo multilaterales, al menos en la actualidad, no reconocen tener ningún tipo de responsabilidad en el campo de los derechos humanos. Independientemente de las razones esgrimidas para este enfoque, lo cierto es que en la práctica, al menos en el caso del BM y más recientemente del BID, se han producido importantes pasos que de hecho apuntan a un mayor cuidado en torno al impacto que sus proyectos pueden tener en determinados derechos, como es el caso del estudio antes mencionado sobre pueblos indígenas y tribales, el cual considera el impacto en áreas tales como identidad y sobrevivencia étnica, derecho a la tierra, condiciones de salud vinculadas con la alimentación y formas de vida y autonomía cultural³³.

Precisamente la judicialización de los DESC en Colombia, es un tema que ha merecido toda clase de análisis y recurriendo a fuentes nacionales, el profesor Uprimny³⁴, ha resaltado sobre el particular, el aumento paulatino de los efectos económicos, por la materialización de los mismos derechos, en estos términos:

Ahora bien, hasta 1998 la protección de derechos sociales por vía judicial, no obstante el carácter progresista de la jurisprudencia, no trajo consigo mayores conflictos entre jueces y funcionarios de las otras ramas del poder público. El número de decisiones de tutela por derechos sociales no era alto, y por ello el activismo judicial de la Corte sólo aparecía como algo inaceptable para los más aguerridos opositores del constitucionalismo social. La mayoría de estas decisiones, además, se referían a casos de personas vinculadas por contrato a un sistema estatal de prestación de servicios de salud, educación o seguridad social. Desde 1998 la situación cambia dramáticamente debido al aumento extraordinario de demandas de tutela

³³ L. BOLIVAR, “Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina”, en VARIOS AUTORES, Estudios básicos, cit., nota 5, t. V, p. 89 y ss.

³⁴ R. UPRIMNY, La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. Disponible en: http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/Clinicas_juridicas_Uprimny.pdf

por derecho a la salud contra las entidades de seguridad social. Los costos se multiplicaron por tres: mientras en 1998 se necesitaron 4.793 millones de pesos, en 1999 fueron requeridos 15.878 para responder a la demanda de salud por tutela*.

Es conveniente reseñar, a partir del estudio adelantado por el investigador Federico Guzmán Duque³⁵ que, en los casos en que la Corte Constitucional colombiana ha mandado cumplir a las autoridades públicas en un nivel de incidencia puntual, determinado fallo, se ha dispuesto que los organismos accionados, adopten un remedio específico, señalado por el mismo Tribunal; en un 5,33% de los casos investigados, ha impartido órdenes adoptando directamente el remedio, en el sentido de considerar que el mandato superior se debe acatar, restando eficacia a ciertos actos de la administración, incluso jurisdiccionales, por vía de nulidad, revocatoria, cesación de efectos, etc. Significa entonces que, la Corte, en la mayoría de los temas, ha sido respetuosa del ejercicio autónomo de las funciones de las autoridades competentes, y en ese orden de ideas, no es tan cierto que permanentemente invada la esfera de los otros poderes públicos.

En punto del costo patrimonial y los efectos económicos de las órdenes de tutela, de las 300 sentencias estudiadas por el mentado investigador, el 51,66% implicó costos patrimoniales, pero no se impartieron órdenes que involucraran gastos adicionales. Claro está que, en un 32% del total de las providencias referidas, las autoridades debieron incurrir en gastos distintos a los de su funcionamiento ordinario, para dar cumplimiento a las decisiones, anotando que los presupuestos oficiales respectivos ya debían estar previstos por mandato legal. Únicamente para el 9,37% no había previsión, en todo caso se procuraba preservar derechos como la vida, la salud, la integridad, frente a violaciones permanentes de las entidades encargadas de prestar el servicio*.

* Efectivamente la Corte ha condicionado fuertemente la política económica, en virtud del control abstracto de constitucionalidad, que la ha llevado a declarar inconstitucionales, total o parcialmente, ciertas leyes por violar ciertos principios y derechos constitucionales. En particular, la Corte ha anulado leyes que extendían el impuesto al valor agregado a productos de primera necesidad (C-776/03), o ha ordenado la indexación parcial de los salarios de los servidores públicos (Sentencias C-1433/00, C-1064/01 y C-1017/03), o ha extendido ciertos beneficios pensionales a ciertos grupos poblaciones, al considerar que la restricción desconocía el principio de igualdad (Sentencia C-409/94), o ha prohibido la modificación de ciertas regulaciones pensionales, por considerar que afectaban derechos adquiridos de los trabajadores (C-754/04). Todas estas decisiones implicaron costos económicos y presupuestales muy importantes.

³⁵ M. CEPEDA, E. MONTEALEGRE LYNETH, y A. JULIO ESTRADA, *Teoría Constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2007, p. 1089.

*Precisamente a la Corte Constitucional colombiana se le cuestionan sus decisiones cuando interfiere estructuras económicas, especialmente en temas relacionados con la vivienda, la salud, la educación, etc.. En este acápite llama la atención que en otros países no bien ordenados, con incipiente desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho, pertenecientes a diversas tradiciones jurídicas, la intervención jurisdiccional para la garantía de mínimos ius-fundamentales es frecuente y cumple funciones semejantes. Por ejemplo, en la India, Sudáfrica, Hungría y otros países del este europeo, la judicatura desarrolla funciones equivalentes a las desempeñadas por los jueces constitucionales en Colombia, pero seguramente no han obrado con pretensiones superabarcativas. La Corte Surafricana expresó amparando la vivienda digna que, la

En cuanto a los fallos complejos y de mayor dificultad de cumplimiento, por el número de actos que debían ejecutarse, están aquellos que disponían el desarrollo de planes, políticas o programas, frente a los cuales, la Corte fijó plazos razonados para su ejecución; significa que, no se han impartido órdenes de imposible cumplimiento. Muchas de las disposiciones de estas sentencias, involucraban derechos de los desplazados, de las personas privadas de la libertad, de las comunidades indígenas, madres cabeza de familia, desamparadas o desempleadas, mujeres embarazadas, mayores adultos en situación de indigencia, enfermos de sida, personas con discapacidades físicas o mentales, buscando para ellos protección frente a su estado de marginación y discriminación³⁶.

El profesor e investigador, Rodrigo Uprimny Yepes*, vuelve a referirse resumidamente a la actividad cumplida, por nuestro máximo organismo constitucional, en punto de la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, diciendo que, ciertas políticas relacionadas con la atención de poblaciones estigmatizadas y en situación de debilidad manifiesta, también han sido judicializadas en forma importante en los últimos años. Esto ha sucedido especialmente con los presos y los desplazados y refiere finalmente que:

La Corte Constitucional, al igual que con la situación de los presos, luego de conceder numerosos amparos individuales, decide declarar igualmente un “estado de cosas inconstitucional” (Sentencia T-025/04), debido a las inconsistencias y a la precariedad de la política estatal frente al desplazamiento forzado. En esa decisión, la Corte ordena a las autoridades nacionales reformular y clarificar las estrategias frente al desplazamiento forzado, a fin de atender las necesidades básicas de esta población.

Estas decisiones muestran una importante judicialización de ciertas políticas públicas, pues no sólo las decisiones de la Corte han implicado un gasto público considerable sino que, además han condicionado las prioridades y orientaciones de las estrategias gubernamentales en estos sectores³⁷.

Sobre esta confrontación, suficiente doctrina se ha apreciado, en el sentido de que el desarrollo y progreso de los derechos sociales, queda en manos de la estructura estatal, encargada del gasto público y cualquier disposición judicial que suponga considerar una inversión, queda sepultada en la división de funciones en el ejercicio del poder. Esto para significar que, con respecto al tratamiento de los DESC, no es imperioso que se conduzca a los jueces constitucionales, hacia espacios en el que se confronten sus tareas de

ausencia de un plan razonable de habitación temporal para ayudar a personas que no tienen donde morar, vulneró sus derechos humanos.

³⁶ T-1642 de 2000; T-106 y 694 de 1996, T-662 de 1997 y T-844 de 2002; T-149 de 2002; T-484 y 505 de 1992 y T1119 de 2002; T 849 de 2001; T-271 de 1995, T-328 de 1998, T 376 y T919 de 2003; T-478 de 1995, T556 de 1998, T- 338 de 1999, SU-1167 de 2001, entre otras.

* Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DJS y profesor de la Universidad Nacional de Colombia.

³⁷ R. UPRIMNY, YEPES. Op. cit.

adjudicación, pues la convocatoria es a que los mismos funcionarios, prevalidos de prudencia y analizando la situación particular, eviten legislar con la sentencia y se limiten a exhortar a los demás poderes, para que actúen con la urgencia y necesidad que se requiere, destacando los plazos y consecuencias directas en caso de omisión. En consecuencia, son estas decisiones las que, con sus respectivas modalidades y características, explican el contenido y alcance de los derechos económicos, sociales y culturales, sin que se llegue al extremo de definir los asuntos con sentencias que han sido calificadas doctrinariamente, como superabarcativas o hiperracionales.

Es finalmente, la verticalidad con que se defiende esta línea de centralidad de las normas constitucionales, la que debe condicionar y vincular a los demás poderes del Estado, en correspondencia a la fidelidad a favor de un compromiso incluyente, multicultural y pluriétnico, que conduce al equilibrio institucional impuesto por la constitución de 1.991, defendiendo la tesis de que el experimentalismo judicial, debe partir de un prudente análisis, que contrarreste los riesgos autoritarios o en últimas, las decisiones sistemáticamente incumplidas, pues el activismo desbordado, deteriora y desacredita el orden institucional, erosiona el sistema y desprecia la oportunidad de diálogo entre poderes, que es el que termina concretando el programa jurídico-político, establecido en la Constitución y los Tratados que rigen esta temática.

La estrategia viable entonces, es la ejecución progresiva y eficaz de los mandatos constitucionales, porque en sociedades en conflicto como la nuestra, es preciso y sin demoras, estabilizar los sistemas y este proceso, desde el punto de vista teórico, deviene complejo, partiendo de una pluralidad de modelos, que parecen autorizar diversidad de formas de actuación judicial para las cortes constitucionales, que sólo podrían alcanzar un punto de equilibrio en el consenso, espacio en el que conviene establecer el alcance del activismo judicial y los límites dentro de los cuales se impone cumplir la labor interpretativa del orden constitucional, ante las posibilidades de utilizar o no argumentos de contenido moral, político, cultural, social e ideológico.

CONCLUSIONES

Si bien es cierto el papel institucional de la judicatura y la separación de poderes han rezagado la exigencia judicial de los DESC y han contribuido al menosprecio de las normas que los instituyen, en Colombia la definición y alcance de estas garantías ha sido obra, en gran medida, de decisiones judiciales adoptadas en trámites de tutela, a falta de otros instrumentos de mayor eficacia para su protección; significa que, se trata de un tema altamente judicializado, en este contexto geográfico. Pero este rol no puede desbordarse, por cuanto las tareas judiciales deben comportar argumentos determinantes para la estabilización social y democrática.

Prudencia y ponderación judicial, es tarea inaplazable que deben asumir los jueces constitucionales, dados los efectos micro y macroeconómicos de los fallos, especialmente de la Corte Constitucional, pero sin olvidar que la misma debe tener sentido de oportunidad social, así como convertirse en un factor de impulso a la productividad, sin desconocer la existencia limitada de recursos para satisfacer distintos derechos, especialmente los DESC, las opciones de suministro de bienes y los costos que cada posibilidad lleva implícitos, pues de lo contrario se corre el riesgo de desestabilizar las finanzas públicas, erosionando de paso la institucionalidad.

Recuérdese que el neoconstitucionalismo tiene para Colombia y algunos países latinoamericanos, entre otros, dos riesgos principales que la doctrina nos presenta: la extralimitación judicial, escenario en el que el juez pierde imparcialidad y hasta puede llegar a generar inseguridad jurídica y una impronta exclusivamente individualista y relativista en la concepción e instrumentación de los derechos humanos, que pueden llevar no sólo a desvirtuar su contenido y alcance, sino también a poner en penumbra las esferas de competencia de cada órgano que ya se entienden determinadas. Recordemos que bajo el empoderamiento del juez constitucional, pareciera que la jurisprudencia pretende desplazar el orden legal, lo que en algunos contextos traduce una convocatoria decidida al desorden y en este entendido, se impone como efecto sanador, la defensa de la carta política, sin pretensiones avasalladoras, pues el norte en comunidades no ordenadas, es y seguirá siendo, la legalidad.

Artículo recibido: 27.05.2014
Artículo aprobado: 07.08.2014