

AVANCES Y RETROCESOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN COLOMBIA EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Jimena Sierra Camargo¹

1. Introducción

En el marco del “boom” constitucional que surgió en varios países de América Latina a finales de los años noventa con el proceso de “constitucionalización” del mundo después de la caída del muro de Berlín, se emitieron nuevas constituciones en toda la región latinoamericana¹. Este fenómeno también dio lugar a lo que se conoce como el “nuevo constitucionalismo” por oposición a un constitucionalismo preservador, entendiéndose aquél como un “nuevo derecho” o como una nueva forma de interpretación constitucional basada en los derechos².

En Colombia específicamente se emitió la Constitución Política de 1991 que trajo consigo varias innovaciones en relación con la derogada Constitución de 1886, la cual había estado vigente por un poco más de un siglo. La nueva carta no solo estableció un generoso catálogo de derechos, que incluyó tanto a aquellos considerados como “civiles y políticos” como los llamados derechos “económicos sociales y culturales” y derechos “colec-

1 Véase: Uprimny, Rodrigo. “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”. Rodríguez Garavito, César. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Siglo XXI Editores, 2011.

2 Véase: García Villegas, Mauricio. “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”. ¿Justicia para todos? Derechos sociales y democracia en Colombia. Editorial Norma, 2006; García Jaramillo, Leonardo. “El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* XLV.133 (2012): 93 – 118.

tivos”, sino que también creó una serie de acciones judiciales orientadas a hacer efectivos tales derechos, de tal manera que la ciudadanía pudiera contar con herramientas para hacerlos exigibles de manera directa ante las instancias judiciales. La nueva Constitución también estableció al Estado colombiano como una nación pluriétnica, multicultural, pluralista y secular.

Sin embargo, el proceso que precedió la expedición de la nueva constitución no estuvo exento de discusiones y debates que emergieron en un contexto local que reclamaba urgentemente un “cambio” pero que también reflejaban serias reservas y dudas frente a algunas de las exigencias que demandaba ese giro en un contexto global “post guerra fría”, y especialmente en el marco del llamado “Consenso de Washington”³, el cual marcó ese periodo por las nuevas corrientes de globalización que perfilaron las economías de varios países de América Latina.

Algunas de las políticas que surgieron a partir de dicho acuerdo, como la liberación del comercio internacional, la eliminación a las barreras a la inversión extranjera, la política de privatización y venta de las empresas públicas, la desregulación de los mercados y la protección de la propiedad privada, y las reformas tributarias, también influyeron en el proceso constituyente del 91. Las nuevas normas constitucionales y legales que se introdujeron al ordenamiento jurídico colombiano también respondieron a las reformas de ajuste estructural que fueron impulsadas en el marco de esa política y que buscaban integrar a Colombia al nuevo orden económico global. Esto llevó a que algunos sectores de izquierda en Colombia decidieran apartarse del proceso constituyente, argumentando que dicho proceso estaba enmarcado en un proyecto económico global que lejos de redundar en la protección de derechos como los derechos sociales y de llevar al país a un verdadero cambio podía contribuir sustancialmente a aumentar los niveles de desigualdad en Colombia⁴.

La ambivalencia de la Constitución de 1991, según la cual, por un lado se consignó un generoso catálogo de derechos y de mecanismos para hacerlos efectivos, pero por otro lado, sirvió como instrumento para “modernizar” al Estado colombiano en el ámbito de la política económica, si-

3 Williamson, John. “The Washington Consensus as policy prescription for development”. *Development Challenges in the 1990s: Leading Policymakers Speak from Experience*. Institute for International Economics, 2004.

4 Véase: Mosquera, Francisco. “No participamos de la Constituyente”. *Resistencia civil*. Tribuna Roja, 1995: 425 – 429.

guiendo los lineamientos de organismos financieros internacionales, creó desde entonces una tensión en la forma en que las distintas instituciones del Estado se relacionan con los derechos y los protegen. Al respecto, Julieta Lemaitre sostiene lo siguiente, refiriéndose a la Corte Constitucional como el ente competente de salvaguardar la integridad de la Constitución del 91:

“Al mismo tiempo, la Corte ha defendido y protegido el modelo económico de la Constitución, que se encuentra no solo en esta sino en las grandes reformas aprobadas por el Congreso en 1990 y 1991: las reformas laborales y del sistema de salud y seguridad social. Estas reformas limitaron los derechos laborales y además privatizaron parcialmente la prestación de los servicios de salud a través del seguro obligatorio y las pensiones”⁵.

2. El movimiento estudiantil de 1989

El proceso de reforma que dio lugar a la creación de la Constitución de 1991, también se remonta a la difícil situación de violencia que se vivió en Colombia durante la década de los años ochenta en la que fueron asesinados selectivamente varios líderes políticos y sociales, periodistas, altos funcionarios del gobierno, jueces y magistrados de la Corte Suprema de Justicia que tuvieron un papel protagónico en la lucha contra el narcotráfico. Lemaitre explica que el llamado “movimiento estudiantil de 1989” surgió en el marco de la masiva movilización que se produjo tras el asesinato del líder político liberal Luis Carlos Galán, quien para diversos sectores de la sociedad representaba la renovación de la clase política⁶. Este hecho trajo como consecuencia la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) de 1991 como un símbolo del rechazo generacional a

5 Lemaitre Ripoll, Julieta. *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Siglo del Hombre Editores y Universidad de Los Andes, 2009: 153.

6 Luis Carlos Galán Sarmiento fue un político colombiano, candidato a la Presidencia de la República en 1982 por el movimiento Nuevo Liberalismo y por el Partido Liberal Colombiano en 1989. Fue un líder político reconocido por su lucha contra el narcotráfico y por sus denuncias orientadas a depurar la política colombiana de las mafias. El 18 de agosto de 1989 fue asesinado en un evento público de su campaña electoral en el municipio de Soacha, Cundinamarca.

la violencia política de la época. Al respecto, es importante mencionar que dicha iniciativa no solo fue apoyada por estudiantes de universidades públicas y privadas, éstas últimas ajenas hasta ese momento a la movilización social, sino por sectores de la izquierda y por guerrillas que querían hacer una transición hacia la política electoral⁷.

En este contexto, en el año de 1990 surgió la llamada “Séptima papeleta” que se produjo como parte de la propuesta de incluir en las elecciones de marzo de ese año una papeleta que los ciudadanos podían introducir en las urnas de votación con el propósito de convocar a una ANC por medio del voto directo. Estudiantes de diferentes universidades lograron recolectar 30.000 firmas que entregaron al entonces Presidente de la República Virgilio Barco (1986- 1990) para apoyar lo que se denominó “el plebiscito para el plebiscito”⁸ y que consistía en una especie de “nuevo contrato social”⁹.

Gracias al significativo número de personas que depositó la “Séptima papeleta” en las urnas en las elecciones de marzo del 90, el ex Presidente Barco convocó a un plebiscito en las siguientes elecciones a realizarse en el mes de mayo del mismo año, para preguntarle al pueblo oficialmente si convocaba o no una ANC. Esta decisión también fue adoptada en un contexto en el que se estaba llevando a cabo el proceso de paz entre el gobierno y la guerrilla Movimiento 19 de Abril (M-19), la cual estaba interesada en la realización de un gran “diálogo nacional”. Finalmente, en las elecciones presidenciales del 27 de mayo de 1990 el 88% del electorado votó “Sí” a la convocatoria de la ANC¹⁰.

3.

El proceso constituyente del 91

Una vez convocada la ANC en la que participaron principalmente la guerrilla del M-19 y los partidos políticos tradicionales: el partido liberal y el partido conservador -los cuales a su vez habían acordado en el pasado la alternancia del poder por un periodo de 16 años en el mar-

⁷ Lemaitre, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, 79 – 120.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

co del llamado “Frente Nacional”¹¹-, surgieron varias discusiones sobre diferentes temas en torno al proceso constituyente, empezando por la forma procedimental por medio de la cual se dio lugar a la creación de la nueva constitución. Uno de los temas más debatidos fue el hecho de que la nueva Constitución en términos procedimentales, fue el resultado de la expedición de Decretos de “Estado de Sitio” que la Corte Suprema de Justicia¹² decidió declarar constitucionales por una reñida votación de 14 votos a favor y 12 en contra. Para esto, fue necesario probar que había un vínculo directo entre la escalada de violencia que se quería detener con la expedición de la nueva carta y la reforma constitucional¹³.

En la Constitución de 1886 la forma establecida para poder emitir una nueva Constitución consistía en impulsar un trámite de “reforma constitucional” por medio del Congreso de la República a través de un “Acto Legislativo”. Por esta razón, se tomó la decisión de modificar la Constitución vía decreto ante el eventual rechazo del Congreso a dicha reforma. Además, de manera paralela a la ANC, un pequeño cuerpo colegiado que fue más conocido como “el congresito” empezó a sesionar con el propósito de crear una serie de normas en materia económica, que luego harían parte del nuevo ordenamiento jurídico colombiano y que permitirían la incorporación de Colombia en la economía mundial en el marco del nuevo orden global. Dentro de los principales actores que apoyaron el proceso constituyente se encuentran algunos asesores

11 Sobre el Frente Nacional, el profesor Juan Jaramillo explica lo siguiente: “En el año de 1957 se aprobó, mediante plebiscito, una reforma constitucional, con la que se esperaba poner fin a la época de la Violencia, protagonizada entre liberales y conservadores. De esta enmienda surgió la figura del Frente Nacional, a través de la cual los partidos Liberal y Conservador decidieron distribuirse el poder político. Es así como se dispuso que, entre 1958 y 1974, los dos partidos se alternarían en la Presidencia de la República y se distribuirían por partes iguales los escaños en el Congreso y en los demás cuerpos colegiados”. Jaramillo Pérez, Juan Fernando. *Constitución, Democracia y Derechos. Textos Escogidos de Juan Fernando Jaramillo Pérez*. Dejusticia, 2016: 41.

12 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 9 de Octubre de 1990.

13 Lemaitre, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, 131.

del ex Presidente César Gaviria Trujillo (1990 – 1994)¹⁴ que eran reconocidos por apoyar el llamado “liberalismo gavrlista”¹⁵ como Manuel José Cepeda, quien se desempeñó como asesor de asuntos constitucionales y Humberto de La Calle, quien fue Ministro de Gobierno.

El Decreto 1926 de 1990 finalmente fue adoptado por el ex Presidente César Gaviria como uno de los primeros actos de su gobierno. Lemaitre explica que esta norma fue fruto de un pacto político privado suscrito por “los partidos” que incluía a los liberales, los conservadores y al M-19 pero no a la Unión Patriótica (UP)¹⁶ ni a los estudiantes. Dicho pacto que fue reproducido en el decreto mencionado “establecía la forma como se iban harían las elecciones para la Asamblea, las calidades de los candidatos,

14 El gobierno de César Gaviria es reconocido por ser el punto de inflexión en la inserción del proyecto neoliberal en Colombia. Una de las características más marcadas de este gobierno fue la llamada ‘apertura económica’ y la concepción del libre mercado como eje del desarrollo económico. Estas características responden a los puntos centrales del Plan Nacional de Desarrollo de ese gobierno, más conocido como ‘*La Revolución Pacífica*’ y que se concentraron en tres puntos: (i) la apertura de las fronteras a los productos extranjeros; (ii) la modernización del Estado, la creación de nuevos mercados y la erradicación de los monopolios estatales; y (iii) la inversión social orientada a la población más vulnerable. Bajo la consigna ‘Bienvenidos al futuro’ y las banderas del gobierno de la ‘apertura económica’ y la modernización del mercado, bajo el gobierno de Gaviria se abrió el camino para poder llevar a cabo en Colombia algunos de las reformas impulsadas desde el Banco Mundial a través del llamado ‘Consenso de Washington’. Dentro de las medidas impulsadas por el gobierno de César Gaviria, cuyo Ministro de Comercio Exterior fue el ex Presidente de Colombia Juan Manuel Santos (2010 – 2014 y 2014 – 2018), se destacan aquellas que estuvieron orientadas a la flexibilización laboral (Ley 50 de 1990), la liberalización del comercio exterior a través del desmonte de aranceles y de otros requisitos para la realización de importaciones (Conpes 2494 de 1990), el establecimiento de un nuevo régimen de promoción y protección de la inversión extranjera (Conpes 2490 de 1990 y Conpes 2572 de 1991), la desregulación del mercado de capitales (Ley 45 de 1990), la desregulación del sector de las telecomunicaciones (Decretos 1900 y 1901 de 1990), el impulso del comercio exterior, del desarrollo tecnológico y de la productividad y la eficiencia (Ley 7 de 1991), la privatización del mercado de divisas y la eliminación del monopolio estatal sobre el control de cambios (Ley 9 de 1991), la privatización de la infraestructura portuaria a través de la eliminación de monopolios estatales y de la creación de un régimen de concesión portuaria (Ley 1 de 1991), la regulación y ajuste de la banca central (Ley 31 de 1992), la regulación en materia de cambios monetarios internacionales, incluyendo las inversiones de capital extranjero (Decreto 1735 de 1993), entre otras.

15 Lemaitre, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, 125.

16 Si bien, se han promovido algunos intentos de procesos de democratización y de paz con los diferentes grupos armados ilegales, la mayoría han resultado fallidos. Uno de los fracasos más recordados es el proceso con las FARC que dio lugar al partido de la Unión Patriótica – UP. La UP fue un partido político que surgió en la década de los años ochenta como un proyecto de algunos sectores políticos y sociales para lograr la incorporación de las FARC-EP a la vida civil. En los años subsiguientes al impulso de ese proceso fueron exterminados aproximadamente 3.000 miembros de dicho partido, entre quienes se encontraban 8 congresistas, 13 diputados, 70 concejales, 11 alcaldes y miles de militantes. Por el exterminio de este grupo político, el Estado colombiano se encuentra demandado actualmente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente, en agosto de 2011 el Ministro del Interior y de Justicia pidió perdón a nombre del Estado Colombiano en plenaria del Congreso por el asesinato del dirigente de la UP, Manuel Cepeda Vargas. Con este acto, el Estado admitió la responsabilidad en el crimen del dirigente político cometido en 1994, que fue perpetrado por agentes del Estado y grupos paramilitares.

su tiempo de duración, y el temario que éste podía discutir”¹⁷. Finalmente con el aval de la Corte Suprema, las elecciones de la ANC se llevaron a cabo el 9 de diciembre de 1990 pero solo contaron con una votación de 3’700.000 personas. Por su parte, dentro de las 70 personas elegidas como constituyentes para la Asamblea solamente 4 eran mujeres y 2 eran indígenas. Por otro lado, también sorprendió la fuerte participación del partido de izquierda la Alianza Democrática M-19 (ADM-19).

El Partido Liberal contó con 25 constituyentes, el ADM con 19 y el ala conservadora liderada por el líder político Álvaro Gómez con 11. Dentro de los constituyentes también se encontraban sindicalistas, activistas de derechos humanos, 2 representantes de la UP, 2 cristianos, 1 estudiante y algunos ex guerrilleros de pequeños grupos armados que junto al M-19 también se habían desmovilizado. La Mesa Directiva de la ANC estuvo integrada por tres presidentes: Horacio Serpa del Partido Liberal, Álvaro Gómez del Partido Conservador y Antonio Navarro Wolff del ADM-19. Finalmente, para la aprobación de la Constitución que se hizo prácticamente por consenso fue necesario que se realizaran alianzas y acuerdos entre las fuerzas políticas de la ANC, donde los temas clave fueron la “paz”, los “derechos humanos” y la “democracia”.

4. Los derechos sociales en la Constitución Política de Colombia

El surgimiento de la Constitución de 1991 estuvo ligado a la idea del fin de la violencia política de los años anteriores y de la importancia de alcanzar la paz, no solamente entendida esta como la eliminación de los asesinatos o de la violencia física sino como un medio para conjurar las causas que habían llevado a esa época de violencia. En este sentido, la idea de evitar no solo la exclusión política sino otro tipo de exclusiones basadas en razones de edad, género, etnia o raza, fue esencial para la creación de un nuevo pacto constituyente “incluyente” bajo las ideas del pluralismo

17 Lemaitre, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, 125.

y del multiculturalismo. La Constitución del 91 se erigió entonces como un símbolo de la paz y del fin de la violencia con aspiraciones de justicia social y con el objetivo de la materialización de una sociedad democrática y garantista de los derechos humanos. La nueva Constitución que fue proclamada el 4 de julio de 1991 estableció en su artículo primero dentro del Título I “De los principios fundamentales” lo siguiente:

“Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. (Subrayado fuera de texto).

Esta disposición confirmó la intención del constituyente de fortalecer la protección de los derechos humanos de acuerdo a su aspiración primordial de alcanzar la paz y de lograr el fin de la violencia. Esa protección se vio reflejada tanto en el generoso catálogo de derechos que incluyó el texto constitucional, como en la creación de la “acción de tutela” como mecanismo de aplicación directa de los derechos establecidos en la nueva carta. Esa intención del constituyente también se tradujo en la creación de nuevas instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de los derechos humanos¹⁸ y en el diseño de nuevos mecanismos de participación ciudadana¹⁹.

Por su parte, dentro del generoso catálogo de derechos establecido en la Constitución del 91 se consignaron los llamados “derechos sociales”. La carta estableció expresamente el Capítulo 2 “De los derechos sociales, económicos y culturales” dentro del Título II “De los derechos, las garantías y los deberes”. En dicho capítulo incluyó un listado de derechos entre los que se encuentran el derecho a la familia (artículo 42); el derecho de la mujer a no ser discriminada y el derecho de protección constitucional de la mujer embarazada y de la mujer cabeza de familia (artículo 43); los derechos de los niños (artículo 44); los derechos de los adultos mayores (artículo 46); los derechos a las personas en situación de discapacidad (artículo 47); el derecho a la seguridad social (artículo 48); el derecho a la salud (artículo 49); el derecho a la vivienda digna (artículo 51); el derecho

18 Constitución Política de Colombia de 1991. Capítulo 2. Del Ministerio Público. Artículos 275 al 284.

19 Constitución Política de Colombia de 1991. Artículos 1, 2, 40, 41, 45, 79, 103, 104, 105, 106, 270, 272, 311, 318, 329, 342, 356, 361, 377,

al trabajo (artículo 53); el derecho a la alimentación (artículo 65); y el derecho a la educación (artículo 67); entre otros. Asimismo, en el capítulo 3 “De los derechos colectivos y del ambiente” del Título II, la Constitución incorporó otro listado de derechos más breve dentro de los cuales señaló principalmente el derecho al ambiente sano (artículo 79) y el derecho al espacio público (artículo 82).

Al establecerse dentro del mismo texto constitucional una diferencia entre el capítulo 1 “De los derechos fundamentales” y el capítulo 2 “De los derechos económicos sociales y culturales” -ambos contenidos en el Título II-, surgió la duda sobre si los derechos consignados en el capítulo 1, dentro de los cuales se encuentran referidos principalmente derechos “civiles y políticos” y “libertades individuales”, eran los únicos que podían ser aplicados directamente y reclamados judicialmente por medio de la “acción de tutela”. Sin embargo, tal como se explicará en las siguientes secciones de este texto, la Corte Constitucional Colombiana por medio del desarrollo de su jurisprudencia y en cumplimiento de su función de interpretar la Constitución y de velar por su integridad, ha realizado una interpretación amplia de los derechos fundamentales, que va más allá del criterio formalista de estar consignados o no en el capítulo 1 de la Constitución, argumentando que los derechos fundamentales son definidos como tales por su naturaleza.

5. La acción de tutela como mecanismo judicial para proteger los derechos sociales

Dentro de las acciones más llamativas consignadas en la Constitución de 1991 se encuentra la “acción de tutela” también conocida en otros países como “recurso de amparo”. Esta acción permite a todas las personas reclamar sus derechos fundamentales ante cualquier autoridad judicial cuando consideren que estos derechos han sido vulnerados o amenazados por la actuación de cualquier autoridad pública o por la actuación de particulares en el caso en el que el accionante se encuentre en una situación de subordinación o de indefensión frente a estos. De acuerdo a lo señala-

do en la Constitución de 1991, el trámite de la acción de tutela debe tener prelación en relación con otros procesos de los que tenga conocimiento la autoridad judicial y debe resolverse en un plazo de 10 días hábiles. El artículo 86 de la Constitución también establece que la acción de tutela sólo procede cuando no existe otro mecanismo judicial idóneo para proteger los derechos reclamados o cuando se utiliza como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable²⁰.

Con la Constitución de 1991 se incorporó la cláusula del Estado “social” de Derecho, se erigió el principio de “solidaridad” como uno de los principios fundamentales que deben orientar las actuaciones del Estado y se le otorgó al poder judicial un rol protagónico para garantizar los derechos de las personas y particularmente sus derechos fundamentales. Al permitir que cualquier juez pudiera resolver un caso de “tutela”, la carta le otorgó a todos los jueces de la República de Colombia una competencia de tipo constitucional para fallar sobre potenciales amenazas o vulneraciones a los derechos considerados como “fundamentales”. El nuevo mandato constitucional también creó la Corte Constitucional Colombiana²¹ como un tribunal autónomo para garantizar la integridad y la soberanía de la Constitución, y le atribuyó a este la competencia de seleccionar las decisiones de los jueces en casos de “tutela” para su revisión como una expresión del control constitucional concreto y de conocer de manera directa las llamadas “acciones de inconstitucionalidad”²² como una expresión del control normativo abstracto.

20 Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

21 Constitución Política de Colombia de 1991. Título VIII “De la Rama Judicial”. Capítulo 4. “De la Jurisdicción Constitucional”.

22 Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 241.

6. Criterios para determinar los derechos fundamentales y para exigir los derechos sociales como derechos fundamentales

En relación con los derechos fundamentales, es importante mencionar en primer lugar que para saber si se está en presencia o no de un derecho fundamental y por lo tanto si los derechos que están siendo reclamados son susceptibles de ser protegidos por vía de la “acción de tutela”, existen diferentes criterios tanto de tipo formal como de tipo material. Esto significa que no solo se consideran “fundamentales” los derechos que se encuentran referidos dentro del capítulo 1 del Título II de la Constitución, sino que pueden existir otros derechos incluyendo derechos sociales o derechos colectivos que si bien no están señalados específicamente en ese capítulo, pueden ser protegidos por medio de dicha acción judicial por ser considerados “por su naturaleza” como fundamentales. De esta manera, la Corte Constitucional Colombiana por vía interpretativa ha decidido tutelar o proteger judicialmente los llamados “derechos sociales” teniendo en cuenta criterios de tipo material y no solo un criterio formalista.

En este sentido se han identificado siete criterios para determinar si se está o no en presencia de un derecho fundamental y si por lo tanto, este puede ser protegido por medio de la acción de tutela. El *primer* criterio se refiere a los derechos que están consignados expresamente en el capítulo 1 del Título II de la Constitución Política. El *segundo* criterio hace alusión a los derechos cuya violación implica la afectación de la “dignidad humana” entendida en tres facetas: vivir bien, vivir como se quiere vivir y vivir sin humillaciones²³. El *tercer* criterio se refiere a los derechos que por tener una relación de conexidad con otros derechos considerados “formalmente” como fundamentales por estar consignados así en el texto constitucional deben ser protegidos como tales. El *cuarto* criterio alude a los derechos cuya violación implica la afectación del “mínimo vital” o

23 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-881 de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

de las condiciones mínimas con que debe contar una persona para tener una vida digna. Esto significa que cuando la subsistencia del tutelante se encuentra amenazada de tal manera que en caso de no garantizarle los derechos reclamados, sus condiciones para tener una vida digna podrían estar por debajo del mínimo aceptable, tales derechos deben ser protegidos por medio de la acción de tutela. Esto ocurre por ejemplo cuando la pensión o el salario de una persona no son reconocidos y esta depende de tales ingresos para subsistir²⁴.

El *quinto* criterio hace referencia al llamado “bloque de constitucionalidad” de acuerdo al cual no solo hacen parte de la Constitución Política los derechos establecidos en el texto constitucional, sino los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Al hacerse esta ficción, las normas de los tratados internacionales que son considerados como parte del “bloque de constitucionalidad” son de aplicación directa en el ámbito interno. El *sexto* criterio hace alusión a los “sujetos de especial protección constitucional” que son personas que por sus especiales condiciones pueden estar en una situación especial de vulnerabilidad y por lo tanto sus derechos deben contar con una protección reforzada por medio de su reconocimiento como derechos fundamentales y de su exigibilidad vía acción de tutela. Dentro de los sujetos de especial protección se encuentran las personas en situación de discapacidad, las mujeres embarazadas y los recién nacidos, las personas portadoras de VIH, los pueblos y comunidades indígenas, las personas privadas de su libertad y las personas desplazadas por la violencia dentro del territorio nacional. Finalmente, el *séptimo* criterio se refiere a los llamados “derechos innominados” que se derivan de la cláusula establecida en el artículo 94 de la Constitución²⁵. De acuerdo a lo señalado en esta disposición, el catálogo de derechos establecidos en la carta no es exhaustivo y pueden existir derechos que si bien no están enunciados en el texto constitucional sí existen y deberían ser reconocidos para ser protegidos por medio de la acción de tutela. Al respecto, la Corte Constitucional ha reconocido como derechos fundamentales con base en la cláusula de los derechos innominados el derecho al agua, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de

24 Corte Constitucional Colombiana, Sentencias T-307 de 1998. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz; T-260 de 1998. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz; T- 841 de 2004. Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis.

25 Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

la mujer embarazada y el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE).

Respecto a este último ejemplo, cabe resaltar que el reconocimiento del derecho a la IVE como derecho fundamental, indiscutiblemente representó un avance en la jurisprudencia constitucional para la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional Colombiana estableció el derecho a la IVE en tres escenarios: (i) Cuando esté en riesgo la salud física o mental de la madre; (ii) cuando existe grave malformación del feto que haga inviable su vida; (iii) cuando el embarazo haya sido producto de un acto de violencia sexual o incesto.

Para reconocer la IVE como derecho fundamental, la Corte Constitucional Colombiana argumentó que la prohibición total del aborto es inconstitucional. Según la Corte, si bien el legislador colombiano decidió adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida en gestación, dada la relevancia de los derechos, principios y valores constitucionales en juego, “la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada”.

En la hipótesis referida por la Corte sobre el embarazo “no deseado” o producto de un acto de violencia sexual o incesto, la IVE constituye un derecho fundamental de la mujer embarazada en la medida que “la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo” y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en las hipótesis referidas ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente la vida de la mujer en todos los sentidos. En este orden de ideas, se considera que penalizar la interrupción del embarazo en las hipótesis señaladas por la Corte supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer.

Por su parte, la decisión de la Corte de despenalizar el aborto y de elevar la IVE a la categoría de derecho fundamental en la hipótesis según la cual con el embarazo se estaría poniendo en riesgo la salud física o mental de la madre, el tribunal constitucional se apoya principalmente en las obligaciones contraídas por el Estado colombiano que están basadas en disposiciones que hacen parte del “bloque de constitucionalidad” y que obligan al estado a adoptar medidas que protejan la vida y

la salud de las mujeres, tales como el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

En este sentido, la Corte señaló que “La prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional. En todo caso, esta hipótesis no cubre exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del PIDESC supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica”.

Finalmente, en la hipótesis relativa a la “grave malformación del feto que haga inviable su vida” la Corte ha argumentado que en este caso es indispensable identificar desde el punto de vista constitucional qué clase de malformaciones plantean un problema límite que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. En este sentido, la Corte ha aclarado que se trata de una hipótesis completamente distinta “a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto”. Según la Corte, en estos casos, “el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones”. De manera adicional, la Corte señaló que penalizar la IVE en esta hipótesis implicaría además “la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable”.

7. La “progresividad” de los derechos sociales y el “estado de cosas de inconstitucionalidad”

Específicamente en lo que respecta a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, DESC) más conocidos como los “derechos sociales”, y que en su mayoría quedaron consignados expresamente en el capítulo 2 del Título II de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que algunos de estos derechos tienen una fuerte faceta “progresiva”. Esto significa que su aplicación no siempre se puede dar de manera inmediata y que el Estado debe adoptar una serie de medidas en el marco de un plan para hacer efectivos gradualmente tales derechos²⁶. Sin embargo, la Corte Constitucional Colombiana también ha señalado que el carácter de progresividad de estos derechos no justifica la inacción del Estado ni la adopción de medidas de tipo regresivo en relación con los DESC²⁷.

Debido en parte a la abrumadora solicitud de la población colombiana de proteger sus derechos por medio de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha emitido algunas sentencias declarando un “estado de cosas de inconstitucionalidad” en relación con ciertos derechos fundamentales incluyendo los derechos sociales que resultan vulnerados de manera sistemática y generalizada a un porcentaje significativo de determinado grupo poblacional o de toda la población. Como ejemplos se encuentran las decisiones de la Corte sobre la población desplazada por la violencia en Colombia²⁸, sobre la situación de riesgo de los defensores de derechos humanos²⁹, sobre las condiciones de hacinamiento e insalubridad de la población car-

26 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia SU- 111 de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

27 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T- 602 de 2003. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

28 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T- 025 de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

29 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T- 590 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

celaria³⁰ y sobre las fallas estructurales para el goce efectivo del derecho a la salud³¹. En este tipo de decisiones la Corte ha reconocido que existe un problema estructural en la garantía de los derechos de estos grupos poblacionales, derechos que han sido vulnerados de manera generalizada y sistemática al punto de constituir un “estado de cosas de inconstitucionalidad”.

En estos casos, la Corte no solo ha emitido una decisión con efectos *inter partes* sino que ha vinculado a otras autoridades además de las directamente referidas en la acción de tutela por los accionantes pero que tienen competencia para la realización y materialización de los derechos en cuestión, y les ha ordenado que actúen para superar las fallas estructurales sobre tales derechos que han provocado ese “estado de cosas de inconstitucionalidad”. Para poder superar dicho estado, la Corte ha ordenado a las autoridades competentes emprender acciones para el diseño, elaboración o ejecución de políticas públicas y hacer una labor de monitoreo, seguimiento y control de las ordenes emitidas por el tribunal constitucional.

En lo que atañe a las órdenes emitidas por la Corte Constitucional Colombiana, es importante mencionar las llamadas “órdenes complejas” cuyo cumplimiento no es posible hacerse en menos de 48 horas como usualmente se ordena en las sentencias de tutela, que involucran a varias autoridades estatales y que además requieren de la participación de las comunidades afectadas directamente con la decisión. Al respecto, cabe resaltar la sentencia T-418 de 2010³² de la Corte Constitucional Colombiana que adoptó en dicha sentencia la decisión de proteger el derecho fundamental al agua y los derechos a la vida y a la salud de los tutelantes.

Sin embargo, más allá de la decisión del caso concreto, la Corte también emitió una serie de órdenes complejas para proteger el derecho fundamental al agua y garantizar su goce efectivo. Al respecto, la Corte señaló que “las obligaciones derivadas del derecho fundamental al agua pueden implicar facetas positivas, que demanden medidas complejas por parte del Estado, como la realización de obras, o facetas negativas, que supongan la abstención por parte de la Administración”. Según la Corte, las complejidades que implica la acción de la Administración Pública pueden

30 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T- 388 de 2013. Magistrado Ponente: María Victoria Calle.

31 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T- 760 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

32 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-418 de 2010. Magistrada Ponente: María Victoria Calle.

abarcando el diseño, la elaboración, la implementación, la evaluación y el control de las políticas públicas. Sobre este punto, el tribunal constitucional señaló específicamente lo siguiente:

“[...] una orden de tutela es simple cuando comprende una sola decisión de hacer o de abstenerse de hacer algo que se encuentra dentro de la órbita de control exclusivo de la persona destinataria de la orden y se puede adoptar y ejecutar en corto tiempo, usualmente mediante una sola decisión o acto. Por el contrario, una orden de tutela es compleja cuando conlleva un conjunto de acciones u omisiones que sobrepasan la órbita de control exclusivo de la persona destinataria de la orden, y, con frecuencia, requieren de un plazo superior a 48 horas para que el cumplimiento sea pleno. Para la Corte, las ‘órdenes complejas’ son ‘mandatos de hacer que generalmente requieren del transcurso de un lapso significativo de tiempo, y dependen de procesos decisorios y acciones administrativas que pueden requerir el concurso de diferentes autoridades y llegar a representar un gasto considerable de recursos, todo lo cual suele enmarcarse dentro de una determinada política pública”.

De acuerdo a lo anterior, la Corte ordenó a la Alcaldía del municipio de Arbeláez adoptar “las medidas adecuadas y necesarias para diseñar un plan específico para la comunidad rural a la que pertenecen los accionantes, para asegurarles que no sean los últimos de la fila en acceder al servicio de agua”. Según la decisión de la Corte, el Plan diseñado no puede “desconocer los lineamientos generales de las políticas que en materia de agua se hayan trazado, pero tales lineamientos han de ser ajustados, para respetar el derecho al agua necesaria para asegurar un mínimo vital en dignidad a la comunidad en cuestión. El plan específico que se adopte para la comunidad deberá contener fechas y plazos precisos que permitan hacer un seguimiento del desarrollo del plan a la comunidad; deberá prever mecanismos de control y evaluación, que permitan dar cuenta del avance del mismo y sus grados de cumplimiento, y deberá tener por objeto asegurar el derecho a acceder y disponer de agua con regularidad y continuidad”. Igualmente, la Corte señaló que el plan debe contar con “espacios de participación efectivos y reales, durante el diseño, la elaboración, la implementación, la evaluación y el control del plan que se adopte” para las personas afectadas y vinculadas al proceso de cumplimiento de la decisión de la Corte. Tales espacios además deben permitir que se conozcan las necesidades y problemas específicos de la comunidad, y deben contar con mecanismos para controlar y fiscalizar el cumplimiento de las acciones que se acuerde adelantar.

8.

Algunos casos emblemáticos en relación con la protección de los DESC

En materia de protección judicial de los DESC existe una amplia jurisprudencia que ha desarrollado el tema relativo a la protección de los derechos sociales por medio de la “acción de tutela”. A continuación se va a realizar una breve síntesis de cuatro casos que fueron seleccionados para este capítulo por ser conocidos como decisiones emblemáticas de la Corte en relación con la protección judicial de los DESC en Colombia en temas que han sido especialmente controversiales. *Primero*, se explicará la sentencia T-129 de 2011 sobre el derecho a la consulta previa en Colombia; *segundo*, se explicará la decisión SU-070 de 2013 sobre el fuero de maternidad; *tercero*, se hará referencia a los principales argumentos de la Corte en la sentencia T-261 de 2012 sobre el fuero sindical; y *cuarto*, se explicará la sentencia T-760 de 2008 sobre el derecho a la salud.

8.1 SENTENCIA T-129 DE 2011: EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO.

En la sentencia T-129 de 2011³³ sobre el derecho a la consulta previa en Colombia resulta de gran relevancia debido a que en esta decisión y en la sentencia T-769 de 2009³⁴, la Corte Constitucional Colombiana se refirió al alcance de la consulta previa como “consentimiento previo, libre e informado” y particularmente en casos de proyectos de “desarrollo económico” que quieran llevarse a cabo en territorios donde habitan grupos indígenas y comunidades étnicas y que puedan acarrear serios impactos de tipo social, cultural, económico y ambiental en esos territorios. Específicamente en el caso que dio lugar a la sentencia T-129 de 2011, la Corte falló a favor de la comunidad indígena Embera Katío de Pescadito

33 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-129 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

34 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-769 de 2009. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

ubicada en la reserva indígena Chidima-Toló. Según la Corte, dadas las implicaciones del caso, resultaba insuficiente que las comunidades solo fueran “escuchadas” para dar cumplimiento al requisito de la consulta previa. Invocando el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Corte señaló que el nivel del impacto que produzcan los “proyectos de desarrollo” sobre los territorios de los pueblos indígenas debe incidir en su nivel de participación en dichos proyectos.

En esta sentencia la Corte decidió proteger los derechos fundamentales a la consulta previa de las comunidades étnicas tutelantes y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de tales pueblos, al igual que a la protección de las riquezas naturales y culturales de la Nación. En este sentido, ordenó a las autoridades respectivas iniciar los trámites respectivos de la consulta previa, haciéndola extensiva a todas las partes involucradas en el proceso de planeación y ejecución de una obra con la que aquellas resultaban afectadas, teniendo en cuenta la búsqueda del consentimiento previo, libre e informado de la comunidad y ponderando las alternativas reales de modificar dicha obra. También se ordenó “suspender todas las actividades de prospección, exploración legal e ilegal o similares en materia minera que se estén llevando a cabo o se vayan a adelantar, en desarrollo de contratos de concesión con cualquier persona que tenga la potencialidad de afectar por este aspecto a las comunidades indígenas Embera Katío Chidima Tolo y Pescadito, hasta tanto se agote el proceso de consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado de las comunidades étnicas implicadas” en los términos y sub reglas fijadas en la decisión proferida por la Corte.

Según la Corte, “sobre la base de los principios de dignidad humana y pluralismo, reconoce un estatus especial de protección con derechos y prerrogativas específicas a las comunidades étnicas para que bajo sus usos y costumbres hagan parte de la Nación. De otra parte, la diversidad cultural está relacionada con las representaciones de vida y concepciones del mundo que la mayoría de las veces no son sincrónicas con las costumbres dominantes o el arquetipo mayoritario en la organización política, social, económica, productiva o incluso de religión, raza, lengua, etc. Lo cual refuerza la necesidad de protección del Estado sobre la base de la protección a la multiculturalidad y a las minorías”.

Finalmente, en dicha decisión la Corte Constitucional también hizo énfasis en el “principio *pro homine*” que según este tribunal deben imponer

“la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos”. Esto significa que debe prevalecer aquella interpretación que “propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución”. Este principio está contemplado en los artículos 1 y 2 de la Constitución Política, en los que se estipula el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Igualmente, dicho principio es considerado como “un fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, por parte de todas las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”.

8.2 SENTENCIA SU-070 DE 2013: EL FUERO DE MATERNIDAD COMO DERECHO DE LA MUJER EMBARAZADA Y LACTANTE A NO SER DISCRIMINADA EN EL ÁMBITO LABORAL.

En relación con la decisión SU-070 de 2013 sobre el fuero de maternidad³⁵, en esta sentencia de unificación en la cual la Corte adoptó decisiones en relación con varios casos que tenían hechos similares, este tribunal ordenó a diferentes entidades el pago de la licencia de maternidad, de salarios, de prestaciones dejadas de percibir y de las indemnizaciones a las que hubiera lugar, a varias mujeres que se encontraban en estado de embarazo. Según la Corte, de acuerdo con el artículo 43 de la Constitución³⁶ existe un deber específico estatal en relación con la mujer embarazada tanto durante el embarazo como durante el periodo de lactancia. Este deber implica dos obligaciones principales: “la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada”. Igualmente, el Estado tiene el deber de proteger a la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, que es lo que se conoce como “fuero de maternidad”, cuyo objeto es “impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia”.

35 Corte Constitucional Colombiana, Sentencias SU-070 y SU-071 de 2013. Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada.

36 Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

En esta decisión específicamente en lo que respecta a “la protección de estabilidad laboral reforzada” a favor de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, la Corte señaló que esta protección también se extiende a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación de servicios a término fijo. Según el tribunal constitucional, esta protección también responde “a la garantía establecida en el artículo 53 de la Constitución, de acuerdo con la cual debe darse prioridad a la aplicación del principio de estabilidad laboral y de primacía de la realidad sobre las formas así como a la protección de la mujer y de la maternidad” de acuerdo al artículo 43 de la Constitución³⁷.

8.3 SENTENCIA T-261 DE 2012: EL FUERO SINDICAL Y LOS DERECHOS A LA ORGANIZACIÓN SINDICAL, ASOCIACIÓN Y TRABAJO.

En lo que atañe a la sentencia T-261 de 2012 sobre el fuero sindical, en este caso la Corte Constitucional decidió amparar los derechos a la organización sindical, asociación y trabajo invocados por el representante legal del sindicato SIMTRAEMCALI. En este caso la Corte reiteró su jurisprudencia sobre la facultad que tienen los sindicatos para emprender acciones orientadas a proteger los derechos tanto de los miembros de su organización como del sindicato como organización. En relación con la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para proteger los derechos de un trabajador sindicalizado que haya sido despedido, y particularmente de su derecho a la organización sindical, la Corte señaló lo siguiente:

“Cuando las pretensiones de un sindicato están dirigidas a salvaguardar los derechos fundamentales de asociación y de huelga, presuntamente vulnerados por el Estado cuando decide dar apli-

³⁷ En relación con el reconocimiento de los derechos de las mujeres en el marco del proceso que dio lugar a la Constitución de 1991, cabe resaltar varias de las normas que se adoptaron en esa época para lograr la igualdad efectiva de derechos para las mujeres. Al respecto, Juan Jaramillo sostiene lo siguiente: “Este propósito ha conducido a la expedición de distintas leyes en favor de las mujeres, tal como ha ocurrido con las leyes 82 de 1993, dirigida a prestar un apoyo especial a las mujeres cabeza de familia; 258 de 1996, que establece una serie de condiciones para la enajenación de la vivienda familiar, con lo cual se pretende proteger el patrimonio de la familia, en favor de la mujer y los hijos; 294 de 1996, luego reformada por la 575 de 2000, orientada a prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar; 581 de 2000, más conocida como ley de cuotas; 750 de 2000, por medio de la cual se expiden normas en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario para las mujeres cabeza de familia; 731 de 2002, que contempla una serie de normas para favorecer a las mujeres del campo; y 764 de 2002, con el fin de establecer sueldos para las madres comunitarias que dependen del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”. Jaramillo Pérez, *Constitución, Democracia y Derechos, Textos Escogidos de Juan Fernando Jaramillo Pérez*, 50.

cación preferente a las normas de derecho interno, desconociendo de manera indirecta los postulados de los convenios internacionalmente pactados y las recomendaciones emitidas por sus intérpretes autorizados, se activa la competencia del juez de tutela para examinar la posible vulneración de esos derechos fundamentales, con independencia de la protección individual de los derechos laborales a que haya lugar en los procesos ante la jurisdicción ordinaria". (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, en lo que respecta a la aplicación de normas internacionales de derechos humanos y específicamente de normas sobre el derecho al trabajo y su relación con el llamado "bloque de constitucionalidad" este tribunal constitucional señaló que los tratados ratificados por Colombia, que se refieran a derechos humanos fundamentales de tipo laboral, y que hacen parte del "bloque de constitucionalidad", deben ser tenidos en cuenta para determinar el alcance y contenido de los derechos que están siendo presuntamente vulnerados o amenazados.

La Corte también señaló que a efectos de determinar el alcance de estos derechos deben tenerse en cuenta las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que obligan al Estado colombiano a armonizar su legislación interna con las obligaciones contraídas en los instrumentos internacionales. Al respecto, la Corte sostuvo que los convenios 87 y 98 de la OIT aprobados por las leyes 26 y 27 de 1976, relativos a la libertad sindical y al derecho de negociación colectiva respectivamente, integran el "bloque de constitucionalidad". En este sentido, si las normas que versan sobre el derecho de asociación sindical y negociación colectiva en el ordenamiento jurídico interno son contrarias a lo señalado en esos instrumentos internacionales, estos deberán aplicarse de manera directa con prelación sobre la legislación interna en materia laboral.

Por su parte, en la decisión mencionada la Corte reiteró su jurisprudencia e invocó particularmente las sentencias T-568 de 1999, T-1211 de 2000 y T-603 de 2003 en las cuales también se ampararon los derechos invocados por los sindicatos accionantes, para señalar que "las recomendaciones proferidas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT debidamente aprobadas por el Consejo de Administración tienen una orden expresa de carácter vinculante para el Estado colombiano y por tanto es imperativo el acatamiento de lo allí ordenado". Según la Corte, el incumplimiento de tales recomendaciones implica la violación de los derechos

fundamentales de los accionantes y desconoce el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que fija los alcances de los derechos fundamentales.

Sobre este punto la Corte precisó que no solo las personas naturales que habitan el territorio nacional están vinculadas a tales obligaciones sino que “todas las personas jurídicas que desarrollen su objeto social en suelo colombiano y que celebren negocios jurídicos que tengan como sustento parte de la legislación contenida en los convenios internacionales, con mayor razón están obligados a cumplir los compromisos internacionalmente adquiridos, cada uno de los órganos de la administración, incluidas las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, bien sean estas del orden nacional o territorial”.

8.4 SENTENCIA T-760 DE 2008: LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD Y LAS FALLAS ESTRUCTURALES DEL SISTEMA.

En lo que respecta a la sentencia T-760 de 2008 sobre el derecho a la salud, es importante mencionar que durante la primera década posterior a la expedición de la Constitución de 1991 se produjo un avance importante por medio de la jurisprudencia constitucional en relación con la protección y el cubrimiento del derecho a la salud. Sin embargo, debido en parte a la privatización de este servicio público y al ánimo de lucro que orienta las actividades de las empresas prestadoras de salud, se empezaron a poner en evidencia las fallas significativas en la prestación de este servicio³⁸. En un periodo de 10 años comprendidos entre 1999 y 2009 se decidieron 775.102 tutelas relacionadas sobre el derecho a la salud equivalentes al 40% de las tutelas presentadas en todo el país.

Esto puso de presente el debate sobre lo problemático e ineficaz que resultaba resolver caso por caso frente a las fallas estructurales del sistema de salud en Colombia que estaban provocando la alarmante presentación de tutelas para reclamar la protección de ese derecho³⁹. Sobre este punto, la sentencia T-760 de 2008 hizo un amplio diagnóstico sobre las falencias de este servicio, resaltando algunos de los factores que afectan la garantía de la salud de las y los colombianos, tales como el ánimo de

38 Arango, Rodolfo. “Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro”. 2016: 32.

39 Rodríguez Garavito, César y Sepúlveda, Magdalena. “Colombia: La Corte Constitucional y su contribución a la justicia social”. Langford, Malcolm (Editor). Siglo del Hombre Editores, 2013: 248.

lucro en la prestación del servicio, la ineficacia del control del Estado y la desprotección de un alto porcentaje de la población ante la ineficiente prestación de este servicio.

En dicha sentencia la Corte Constitucional Colombiana seleccionó 22 tutelas⁴⁰ en donde el acceso a los servicios de salud requerido fue negado y que representaban fallas estructurales del sistema de salud. También hizo énfasis en las obligaciones internacionales contraídas por el Estado colombiano, principalmente en la Observación General N°14 del Comité DESC de Naciones Unidas, y ordenó al gobierno colombiano cumplir con una serie de órdenes de carácter estructural. Entre las órdenes emitidas, la Corte destacó el deber del gobierno colombiano de actualizar periódicamente los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS) siguiendo criterios técnicos y contando con la participación de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud.

Los casos seleccionados por la Corte en la sentencia referida contienen problemas jurídicos que van desde el acceso efectivo al sistema de salud hasta la financiación de los servicios médicos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud (POS), pasando por la dificultad en resolver los desacuerdos entre los interesados sin acudir a la acción de tutela. Según la Corte, los órganos responsables de lo que podría denominarse genéricamente como “la regulación del sistema de salud” no han adoptado decisiones ni medidas efectivas orientadas a garantizar a las personas su derecho a la salud sin tener que acudir a la acción de tutela, a pesar de los esfuerzos que se han realizado al respecto.

En la sentencia mencionada, la Corte también reiteró las tres vías por las cuales el derecho a la salud puede ser protegido como un derecho constitucional fundamental. La *primera* vía es establecer la relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal

⁴⁰ Los servicios negados se presentaron específicamente por las siguientes situaciones: acceso a servicios de salud contemplados en el plan obligatorio de salud, POS, sometidos a pagos moderados; acceso a servicios de salud no incluidos dentro del POS; acceso a los servicios de salud que requiere un menor para su adecuado desarrollo; reconocimiento de incapacidades laborales cuando no se cumplen los requisitos de pago oportuno; acceso a los servicios de salud en condiciones de integralidad; acceso a los servicios de salud de alto costo y para tratar enfermedades catastróficas, así como a los exámenes diagnósticos; acceso a los servicios de salud requeridos por personas vinculadas al Sistema de Salud, en especial si se trata de menores; acceso a los servicios de salud cuando se requiere desplazarse a vivir en lugar distinto a aquel en que reside la persona; libertad de elección de la *‘entidad encargada de garantizarle el acceso a la prestación de los servicios de salud’* y duda acerca de la inclusión del lente intraocular en el POS y procedencia del recobro. También fueron revisados casos en los cuales alguna Entidad Prestadora de Salud (EPS) pedía el reembolso oportuno de los gastos de un servicio médico no cubierto por el POS.

y el derecho a la dignidad humana. Esta vía le ha permitido a la Corte identificar varios aspectos de lo que se considera como “el núcleo esencial” del derecho a la salud para admitir su justiciabilidad por vía de la acción de tutela. La *segunda* es reconocer su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección constitucional. Y, por último, la *tercera* vía es afirmar en general la naturaleza fundamental del derecho a la salud en lo que respecta a su ámbito básico. Este ámbito coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud.

9. La “sostenibilidad fiscal” como límite a la protección judicial de los derechos sociales

Debido al rol protagónico que ha tenido la Corte Constitucional Colombiana en la protección de los derechos sociales y particularmente a través de la acción de tutela, se han emitido algunas críticas por parte de algunos sectores provenientes de las diferentes ramas del poder público, quienes han cuestionado el “activismo judicial” de la Corte Constitucional alegando que al emitir órdenes a diferentes autoridades estatales que implican el diseño y la elaboración de políticas públicas, el tribunal constitucional estaría excediendo sus competencias y afectando el principio de separación de poderes del Estado, especialmente cuando tales órdenes implican una significativa erogación del presupuesto nacional.

Como consecuencia de este debate, el Congreso de la República de Colombia aprobó una reforma constitucional por medio del Acto Legislativo N° 03 del 1 de julio de 2011 en el que se estableció que la llamada “sostenibilidad fiscal” es un factor que debe ser tenido en cuenta al mo-

mento de fallar sobre la protección de derechos constitucionales⁴¹. Sin embargo, un grupo de ciudadanos interpuso una demanda en contra de la reforma mencionada por considerar que su aprobación en realidad implicaba una “sustitución de la Constitución” por afectar de manera grave la concepción del Estado y específicamente la cláusula del Estado “social” de Derecho. En esta medida, los demandantes alegaron que, para poder llevar a cabo dicha reforma, debía haberse tramitado una “Asamblea Nacional Constituyente”, que es la forma en la que puede pronunciarse el constituyente primario, en lugar de una reforma aprobada por el Congreso de la República, el cual es entendido como el constituyente secundario y no está habilitado para aprobar una reforma que “sustituya la constitución”.

41 Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo N° 03 de 2011 “Por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal”. **Artículo 1°.** El artículo 334 de la Constitución Política quedará así: La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales. **Parágrafo.** Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. **Artículo 2°.** El primer inciso del artículo 339 de la Constitución Política quedará así: Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal. **Artículo 3°.** El primer inciso del artículo 346 de la Constitución Política quedará así: El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo.

Finalmente, la norma demandada fue declarada exequible por medio de las sentencias C-288⁴² y C-332 de 2012⁴³. De acuerdo con el texto final de la norma aprobada, la sostenibilidad fiscal es considerada como un “instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho” y “debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”. En este sentido, para hacer efectiva la llamada “sostenibilidad fiscal” como criterio orientador en la toma de decisiones por parte de las autoridades estatales, dicha reforma creó el llamado “incidente de sostenibilidad fiscal” según el cual “El Procurador General de la Nación o uno de los ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio”. La norma establece específicamente que una vez iniciado dicho incidente “Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal”.

Sin embargo, la norma también aclara que “En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales” y que “bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”. Aunque la norma incluyó estas salvaguardas explicando que la sostenibilidad fiscal no puede traducirse en la afectación de los derechos fundamentales, lo cierto es que con esta norma se quiso poner ciertos límites a las decisiones judiciales que como ocurre en algunos de los casos de tutela que han protegido los derechos sociales, y especialmente en aquellas decisiones que implican importantes facetas prestacionales y que pueden implicar erogaciones del presupuesto público. En esta medida es inevitable que con esta reforma constitucional se terminen afectando decisiones que tengan un impacto en la protección de los derechos sociales, invocando la llamada “sostenibilidad fiscal” entendida como la potestad de las autoridades de adoptar medidas que tengan en

42 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-288 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

43 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-332 de 2012. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

cuenta las “restricciones presupuestales” o de limitar aquellas decisiones que excedan tales restricciones.

Al respecto, también llama la atención sobre esta reforma constitucional que se aluda a la sostenibilidad fiscal como un “principio” y que se considere como un “instrumento” para alcanzar “progresivamente” los objetivos del Estado “social” de Derecho, es decir, que se establezca la sostenibilidad fiscal como una condición para la realización de este modelo de Estado. La “constitucionalización” de la sostenibilidad fiscal, la identificación de este nuevo principio constitucional con la “progresividad” de los derechos sociales y con el cumplimiento gradual de los objetivos del Estado “social” de Derecho y su operatividad a través de la creación del llamado “incidente de sostenibilidad fiscal” indica que este instrumento no es un mero criterio de interpretación sino que se le quiere elevar a la categoría de principio constitucional haciendo una transición de un Estado social de Derecho a una especie de “Estado Fiscal”⁴⁴. En este sentido, se ha cuestionado si la llamada “sostenibilidad fiscal” en realidad implica una “regresividad social” dado que la justificación de dicha medida es la limitación de los gastos del Estado a los recursos presupuestados como condición para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de derecho, limitación que además sugiere la existencia de una aparente tensión entre “el derecho de un individuo o de un grupo a su bienestar, y el derecho de toda la sociedad a tener unas finanzas sanas”⁴⁵.

10. Conclusión

No cabe duda que la Constitución del 91 representó un avance significativo en la protección judicial de los derechos sociales en Colombia y que el papel de la Corte Constitucional que fue creada por la Carta para salvaguardar su integridad ha sido fundamental en esa tarea. Sin embargo, desde sus inicios el proceso que dio lugar a la expedición de la Carta

44 Arango, Rodolfo. “Regulación incidente fiscal: adiós al Estado social y a la tutela”, 5 de diciembre de 2013. Disponible en: <http://iusconstifil.blogspot.com/2013/12/regulacion-incidente-fiscal-adios-al.html>.

45 Gallón, Gustavo. “¿Sostenibilidad Fiscal o Regresividad Social” en el *Diario El Tiempo*, 15 de junio de 2011. Disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/sostenibilidad-fiscal-o-regresividad-social>.

estuvo enmarcado en un contexto económico global que ha influido al mismo tiempo y de manera sustancial en las restricciones de tales derechos, primordialmente en el campo de las políticas públicas. El rol del juez constitucional en un contexto económico que indiscutiblemente ha repercutido en la restricción de los derechos sociales ha sido fundamental para mitigar dicha situación, sin embargo la protección constitucional de estos derechos por la vía judicial no ha sido suficiente.

Algunos de los esfuerzos realizados por la Corte Constitucional como las sentencias por medio de las cuales ha reconocido la existencia de un “estado de cosas de inconstitucionalidad” y en general el rol del juez constitucional en hacer una interpretación amplia para la protección de los derechos sociales han tratado de ser limitados. Un ejemplo de esto es lo ocurrido con la aprobación de la reforma constitucional que dio lugar al llamado “incidente de sostenibilidad fiscal”, el cual ha sido elevado a la categoría de “principio constitucional” y que se instauró para restringir expresamente las decisiones de los jueces en materia de derechos sociales, bajo la justificación de la afectación del presupuesto nacional por la adopción de medidas orientadas a garantizar tales derechos. En este sentido, resulta esencial reflexionar sobre la importancia de que todos los poderes públicos actúen de manera coordinada en favor de la realización de los derechos sociales y no para su restricción.

El aislamiento o la cooptación de entes que han jugado un importante papel en la protección de los derechos sociales, como es el caso de la Corte Constitucional, podría conducir a aumentar la brecha de desigualdad en Colombia y a profundizar el vaciamiento de la democracia. Los enormes esfuerzos de este tribunal en su labor interpretativa para tratar de corregir dicha situación deben contar con el acompañamiento de los otros poderes públicos quienes deben servir de apoyo a las decisiones de la Corte orientadas a disminuir esa brecha para promover una verdadera transformación social en lugar de limitar la labor de este tribunal.

