



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

La omisión legislativa absoluta y la aplicación efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales

José de Jesús Gil Barreto

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Maestría en Derecho Constitucional
Bogotá, Colombia
2014

La omisión legislativa absoluta y la aplicación efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales

José de Jesús Gil Barreto

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho Constitucional

Director:
Doctor Andrés Abel Rodríguez Billavona

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Maestría en Derecho Constitucional
Bogotá, Colombia
2014

A mis padres, María C, y Roberto; a mi esposa Gladys Eneida;
a mis hijos Rubén Darío, José de Jesús, Ilich Mohamed y Alea Danad,
quienes con su presencia, apoyo, alegría y comprensión han dado sentido
al devenir del tiempo, brindando la armonía para sobreponer
a mi propia sombra e insania el brillo de su existencia,
y alcanzar la serenidad para negar todo y permanecer en el olvido
en mi memoria impenitente.

Resumen

La consagración constitucional de los derechos sociales busca garantizar el contexto material mínimo, que permita a cada persona desarrollar su proyecto de vida según sus propias creencias y valores, sin embargo la falta de desarrollo legislativo que establezca condiciones operativas ha impedido la realización efectiva y generalizada de tales derechos. Los controles constitucionales consagrados en la Carta de 1991 no posibilitan la intervención del juez constitucional para exigir al órgano legislativo la reglamentación correspondiente, por lo que la creación de formas jurídicas nuevas (inclusión de la figura del control constitucional de la omisión legislativa absoluta y la expedición de una ley estatutaria sobre derechos sociales), permitiría dar plena aplicación al proyecto político del constituyente fundado en el reconocimiento de la dignidad humana.

Palabras clave: derechos sociales, omisión legislativa, control de constitucionalidad, aplicación efectiva, dignidad humana.

Abstract

The constitutional consecration of social rights seeks to ensure the minimum material context, allowing each person to develop his project of life according to their own beliefs and values; lack of legislative development that set operating conditions has however prevented the widespread and effective realization of these rights. Constitutional controls enshrined in the Bill of 1991 does not enable the intervention of the constitutional judge to demand the legislature corresponding regulations, on which the creation of new legal forms (including the figure of absolute legislative omission constitutional control and issuance of a statutory law on social rights), would give full effect to the political project of the constituent Assembly founded on the recognition of human dignity.

Keywords: social rights, legislative omission, constitutionality, implementation, human dignity.

Contenido

	Pág.
Resumen	VII
Introducción	1
1. Los derechos económicos, sociales y culturales como realización constitucional.....	3
1.1 Los DESEC y el principio de igualdad.....	4
1.2 Los DESEC y la multiculturalidad una forma de desarrollar el principio de igualdad	7
1.3 Derechos económicos sociales y culturales como fundamento de la dignidad humana.....	14
2. La fuerza normativa de la constitución y los derechos económicos, sociales y culturales	27
2.1 Derechos de aplicación progresiva y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.....	40
2.2 La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales	44
2.3. Interpretación constitucional y los derechos económicos, sociales y culturales ...	49
3. Efectividad directa de los derechos sociales, económicos y culturales.....	57
3.1. La omisión legislativa absoluta y su efecto en la aplicación universal de los derechos sociales, económicos y culturales	57
3.2. Presupuestos de la omisión legislativa inconstitucional	65
3.3. La institucionalidad y las formas de garantizar los derechos sociales, económicos y culturales	66
3.3.1 Reserva legal	66
3.3.2 División de poderes, democracia y efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales	68
3.4. El control de constitucionalidad de la omisión legislativa en Colombia y los DESEC.....	72
3.5 Reglamentación ¿un cambio hacia la universalización de los derechos sociales, económicos y culturales?.....	75
4. Conclusiones.....	81
Bibliografía	83
Sentencias consultadas de la Corte Constitucional de Colombia89

Introducción

Con el presente trabajo se busca realizar una descripción de las diferentes teorías y posiciones jurisprudenciales con respecto a la aplicación autónoma de los DESEC y de las dificultades de realización material de estas garantías en el actual entorno jurídico colombiano, con la finalidad de descubrir mecanismos que de acuerdo a la tradición jurídica del país permita su aplicación real (generalizada), teniendo presente que el derecho coadyuva con el cambio de los elementos culturales de la sociedad y a su vez, sienta las bases para el avance de las condiciones políticas y sociales del grupo del cual surge.

Dado que las recientes tendencias del derecho constitucional proclaman la fuerza vinculante de todas las normas constitucionales y que el artículo primero de la carta política establece que Colombia es un estado social de derecho, que implica el reconocimiento de una serie de derechos tendientes a garantizar unas condiciones materiales justas y dignas para los ciudadanos, la aplicación efectiva de los DESEC consagrados en la carta resulta fundamental para la realización del proyecto constitucional vigente a partir de 1991.

Partiendo de los postulados del neoconstitucionalismo se analiza el grado de aplicación de las normas que instituyen los derechos sociales en el ámbito colombiano, examinando las dificultades que se presentan en la materialización de los DESEC de acuerdo con el tipo de norma que consagran, para evidenciar con posterioridad las críticas doctrinales y las dificultades político- estructurales de la intervención judicial en la realización de los DESEC, sin la previa participación reglamentaria del legislador.

Lo anterior demuestra que dentro del andamiaje jurídico nacional se presenta una tensión estructural, en relación con la garantía y aplicación de los derechos sociales, entre los que defienden la fuerza normativa de la Constitución, y quienes consideran indispensable la intervención del legislador para lograr su efectivización, teniendo en cuenta que están consagrados de manera general en la carta política y que los mismos implican la realización de actos positivos por parte del Estado.

Como consecuencia del debate señalado, en el ámbito jurídico colombiano se ha presentado la aplicación restrictiva de dichos derechos, circunstancia que nos lleva a formular la siguiente hipótesis: No existe una aplicación universal de los derechos económicos sociales y culturales: i) Por la falta de desarrollo legislativo que permita concretar los textos constitucionales que los consagran, dado que están redactados en forma ambigua y genérica, ii) la ausencia de mecanismos de control frente a la actitud quiescente del legislador, no ha permitido conminarlo para que reglamente su aplicación universal y iii) no existe la posibilidad de que el juez constitucional desarrolle de manera alternativa la labor de legislador positivo.

Esta realidad que va más allá de los desarrollos teóricos y doctrinales plantea la necesidad de analizar temas como el alcance de los DESEC, su importancia en la realización del ser humano, su aplicación como desarrollo del principio de igualdad, las formas de aplicación efectiva, entre otros.

Abordar el tema de la omisión legislativa absoluta busca poner sobre la mesa el debate relacionado con los alcances normativos de la Carta, con respecto a los derechos sociales, así como los efectos residuales de la intervención judicial en la aplicación efectiva de los citados derechos en la actual arquitectura normativa nacional.

Ante este panorama, se plantea en la parte final del presente trabajo alternativas para lograr la aplicación universal de los derechos sociales como una forma de garantizar la dignidad humana: i) la necesidad de establecer un mecanismo institucional de control a la omisión legislativa absoluta el cual debe contemplar mecanismos alternativos para suplir la actitud quiescente del legislador, y ii) la expedición de una ley sobre DESEC que permita establecer acciones efectivas frente a la vulneración generalizada de los derechos sociales.

1. Los derechos económicos, sociales y culturales como realización constitucional

El estado liberal tradicional con su sistema jurídico fundamentado en la igualdad formal, garantizó el desarrollo de las libertades políticas y protegió la autonomía de la voluntad como principio fundamental del desarrollo social. Bajo este modelo político-jurídico se logró neutralizar de manera más o menos eficiente las arbitrariedades de los gobernantes y se reconoció la voluntad del individuo como fuente primaria de derechos y obligaciones.

Sin embargo, con el creciente aumento de la pobreza, dicho modelo evidenció fallas éticas y sociales, y obligó a un replanteamiento de los fundamentos filosóficos del sistema jurídico en general y del constitucional en particular dando como resultado el surgimiento de un sistema jurídico que supera la idea de igualdad formal para reconocer la existencia de situaciones de desigualdad y vulnerabilidad. Bajo este nuevo enfoque se han expedido múltiples constituciones cuyo rasgo fundamental se desarrolla a partir de la idea de eliminar o disminuir las desigualdades materiales.

Los derechos económicos, sociales y culturales, constituyen la mejor expresión de la voluntad del constituyente respecto de las garantías que el estado debe otorgar a los ciudadanos, en este capítulo se busca plantear los fundamentos sobre los cuales se erigen los derechos económicos, sociales y culturales, como el modo más eficiente de reconocer y proteger diversos tipos de necesidades del hombre contemporáneo. Se toma como punto de partida la inclusión en la carta constitucional de los principios de igualdad y dignidad humana, los cuales proyectan la concepción antropocéntrica del texto superior y soportan y justifican el alcance de los DESEC¹ y que reclaman su aplicación efectiva.

El análisis sobre el alcance y cobertura de tales derechos, se concreta en los postulados sobre dignidad humana, multiculturalismo e igualdad como facetas de un orden jurídico que busca ofrecer condiciones materiales dignas a todos los integrantes de la sociedad, para el efecto se plantea: a) la relación entre condiciones materiales y la realización efectiva de la igualdad, b) la multiculturalidad como una forma de aplicación generalizada de derechos y c) la dignidad humana como máxima expresión del orden jurídico colombiano.

¹ En este trabajo se utilizará DESEC, derechos sociales, económicos y culturales o derechos sociales como sinónimos, recogiendo en parte la terminología usada con mayor frecuencia por la doctrina.

1.1 Los DESEC y el principio de igualdad

Los DESEC constituyen un avance en la forma de concebir al hombre desde el derecho. El orden jurídico pretende alcanzar con su regulación (protección) esferas de las relaciones sociales que tradicionalmente estaban libradas a la propia capacidad individual de cada persona.

Esta visión es la que inspira la consagración en los ordenamientos constitucionales actuales de los DESEC, con ellos se pretende que individuos puestos en condiciones de discriminación, desigualdad o marginación por su condiciones políticas, sociales, físicas o culturales gocen de protección y garantías especiales por parte del orden político-social. Los destinatarios de estas prerrogativas serán todos aquellos que el mismo orden jurídico ha reconocido en circunstancias de desventaja.

Con tales derechos se busca superar las condiciones materiales de existencia, para que todo hombre tenga efectivamente igualdad de oportunidades de acuerdo con su propio ideario de vida además del reconocimiento a su capacidad de elección; estos derechos parten de la noción de libertad, reconocen al ser humano su capacidad de autodeterminación y de autorrealización, buscan suministrar "mínimos" que faciliten la protección de necesidades básicas insatisfechas, en personas puestas en condición de desigualdad por su condición social, económica o personal, como soporte del desarrollo personal concretando a la vez el principio de solidaridad que es considerado un valor fundante, del orden jurídico-social, "las ventajas o intereses que encierran los derechos sociales se conectan a ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico privadas es obviamente desigual".²

Pero esas mismas necesidades que justifican los derechos sociales, los enmarcan en un ámbito cuyo alcance se transmite a todos y cada uno de los elementos del sistema jurídico a través del principio de igualdad, el cual para el caso colombiano está establecido en el artículo 13 inciso 2 de la Carta Política: "El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adaptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados", principio que conlleva a su vez "gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitante o superada".³

La concreción y la forma de aplicación del principio de igualdad, ha sido objeto de debate y refinamiento. Hoy se acoge de manera generalizada que todas las autoridades del estado están obligadas a proteger y suministrar el mismo trato a las personas sin distinción de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o

² PRIETO SANCHÍS. Luis. Los derechos sociales y el principio de igualdad. México: Ed. Porrúa, 2004. p. 25.

³ *Ibíd.* p. 26.

filosófica⁴. Pero por otro lado, se acepta que el principio de igualdad constitucional no excluye el trato diferenciado, de esta manera se supera la posición particular de quien reclama un derecho en relación con quien se encuentra en condiciones diferentes, la valoración de las condiciones del reclamante debe efectuarse respecto de personas colocadas en las mismas circunstancias de hecho, el derecho recoge la realidad, "De ahí que a partir de la famosa formulación aristotélica de "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales", la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad –al menos en su acepción de igualdad de trato- del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes"⁵.

El reconocimiento de esas diferencias materiales, sociales, económicas, culturales etc., y la aceptación de que las mismas reclaman un tratamiento diferenciado, constituyen la respuesta desde lo jurídico a un problema con múltiples aristas que involucran desde aspectos materiales hasta formas culturales –con sus propios componentes individuales– todo en procura de lograr el disfrute pleno de la libertad del ser humano. Hoy la doctrina acepta mayoritariamente que los DESEC constituyen el soporte material que permite al hombre contemporáneo abarcar su plan de vida según su voluntad, dentro de los lineamientos histórico-sociales del orden político en el que se desenvuelve.⁶

La igualdad que soporta las diferencias, no es sin embargo, una forma de "homogenización" por el contrario, es el reconocimiento de desequilibrios de diversa índole que sitúan a seres humanos en condiciones particulares que de no ser tenidas en cuenta conllevan substancialmente a mayores desigualdades⁷. Esta forma de igualdad parte de la diferencia, la tolerancia, la aceptación y el respeto de grupos o comunidades con valores, costumbres, tradiciones, creencias, religión, o razas distintas. Se busca

⁴ "El principio de igualdad, ha dicho la Corte, constituye fundamento insustituible del ordenamiento jurídico pues se deriva de la dignidad humana y se genera al reconocer que todas las personas, en cuanto lo son, no presentan entre sí diferencias sustanciales. Todas, en su esencia humana, son iguales y merecen la misma consideración, con independencia de la diversidad que entre ellas surge por motivos como la raza, el sexo, el color, el origen o las creencias". Sentencia T-049 de 2005.

⁵ Sentencia C-818 de 2010.

⁶ Prieto Sanchís citando a Bockenforde señala que "si la libertad jurídica debe poder convertirse en libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales; incluso esta participación en los bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización. *Ibíd.* p. 26.

⁷ Cf: Sentencias, C-432 de 2010, C-171 de 2004, T-670 de 1999, C-335 de 1994 y C-339 de 1996, entre otras.

"igualar" en derechos –cuyo contenido y formas de aplicación debe partir de las condiciones particulares de sus destinatarios – para eliminar las desigualdades, preservando los rasgos propios de cada grupo, se otorgan y reconocen beneficios específicos como una forma de mantener la identidad de cada uno de sus destinatarios.

La igualdad se predica también de las oportunidades que el orden jurídico debe brindar a todos los individuos⁸, de las cuales se obtiene el suministro de diferentes tipos de bienes y servicios de orden social, la diferencia hace relación a condiciones fácticas reconocidas jurídicamente. "El establecimiento de desigualdades jurídicas para crear la igualdad de hecho es concebible desde las instituciones"⁹.

El reconocimiento de las condiciones de desigualdad es lo que justifica y reivindica la existencia de los DESEC, esa desigualdad impone un deber ético cuya construcción entrelaza la necesidad de trato diferenciado para situaciones particulares diferentes -y aspiraciones de igualdad materiales-¹⁰.

La igualdad así erigida parte de la diferenciación y constituye el elemento básico que permite la elaboración del principio. Se quiere eliminar o al menos reducir al máximo las condiciones de desventaja, rechazo o discriminación¹¹, pero tal proceso crea

⁸"El artículo 13 de la Constitución consagra la igualdad como derecho fundamental en sus distintas dimensiones: igualdad ante la ley, igualdad de trato e igualdad de oportunidades". Sentencia C-104 de 2004.

⁹ "...la construcción de igualdad de hecho sólo tiene presente al hombre concreto, que es el único que puede sufrir una desigualdad fáctica; pues, si no fuera así, si tuviese presente al "hombre abstracto", ninguna desigualdad jurídica podría justificarse; a su vez, la igualdad jurídica genera frente al poder un deber nítido de abstención o no discriminación, mientras que la igualdad de hecho genera obligaciones más complejas, de organización, procedimiento y prestación; y, en fin, mientras que la igualdad jurídica se manifiesta en una posición subjetiva, la igualdad sustancial se vincula más bien al principio objetivo del Estado social y sólo muy costosamente permite diseñar posiciones subjetivas de desigualdad jurídica o normativa." Sentencia C-104 de 2004. p. 30.

¹⁰ " El principio de la igualdad ante la ley, tal como fue formulado por el Constituyente admite el establecimiento de diferencias que, en ciertas hipótesis racionales contribuyan a obtener la igualdad real y efectiva y la promoción del bienestar y el desarrollo de la sociedad; en otros términos, el legislador podrá adoptar medidas que aun cuando aparezcan reconociendo diferencias entre las personas, se enderecen a promover aquella igualdad, pues, la evolución del Estado Contemporáneo ha mostrado a las claras que no es posible que el poder público cumpla satisfactoriamente sus fines sociales si se mantiene aferrado a doctrinas de carácter neutral sobre la absoluta igualdad jurídica de los asociados", Sentencia C-103 de 1993. A su vez la sentencia T-387 de 199, señala al respecto: " Con el trato diferencial positivo se aplica la filosofía esencial del Estado Social de Derecho, que se traduce en el deber del Estado de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, para hacer que la igualdad sea real y efectiva (incisos 2º y 3º del art. 13 de la Constitución Política).

¹¹ "Lo que caracteriza la discriminación... es la existencia de preconceptos o prejuicios contra un grupo social determinado, que tienen como efecto la exclusión de ese grupo del goce o ejercicio

generalizaciones inadmisibles cuyo efecto revierte y hasta elimina los fines que busca alcanzar, condiciones individuales reclaman tratamientos diferentes, aceptando que la igualdad tiene un ámbito restringido, cuyo campo está constituido por núcleos más o menos homogéneos de condiciones fácticas que implican desigualdad¹².

Los criterios que inspiran las normas son variados, se cimentan en circunstancias que ella objetiviza y eleva a construcciones deontológicas específicas que el sentido de justicia reclama. Las consecuencias jurídicas corresponden a la valoración previa de la diferencia¹³ sin embargo eso no conlleva una parcelación del principio y de la norma, por el contrario, esta se construye desde diferentes realidades en busca de ofrecer una igualdad material que supere la decimonónica igualdad formal, en busca de lograr que cada individuo actúe según su propio y particular proyecto de vida en consideración a su grupo social.

1.2 Los DESEC y la multiculturalidad una forma de desarrollar el principio de igualdad

El debate sobre multiculturalismo¹⁴ ha tenido varios ejes y alcances¹⁵. El constitucionalismo actual se ha visto enfrentado a definir formas de gobierno incluyentes, éste hecho conlleva el reconocimiento de derechos a individuos con condiciones

de derechos, y el consiguiente agravamiento de su exclusión o marginación social". COURTIS, Chistian. El mundo prometido. México: Ediciones Distribuciones Fontamara, 2009. p.179.

¹² "Los derechos sociales fundamentales presuponen un trato desigual de su titular, quien puede aducir un criterio de diferenciación relevante, esto es, comprobar con razones válidas y suficientes que debe ser tratado de forma desigual". ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. 188.

¹³ La cuestión reside en si las desigualdades de hecho pueden justificar el establecimiento de desigualdades jurídicas orientadas precisamente a eliminar o limitar el alcance de las primeras". Ibíd. p. 39

¹⁴ En su acepción más común el término "multiculturalismo" se usa para hacer referencia al fenómeno de la creciente diversidad cultural y étnica que caracteriza la composición social de la mayoría de los estados del mundo. Según estimaciones recientes, más del noventa por ciento de los mismos contienen una pluralidad de grupos étnicos, nacionales o lingüísticos". Torbisco Neus, 2004 citando a Gurr T, 1993. TORBISCO CASALS Neus. El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas en AA VV. Derechos sociales y derechos de las minorías. México: Ed. Porrúa, 2004.

¹⁵ "El individualismo contemporáneo ha tenido que hacer frente también a otro fenómeno social que desborda sus principios: el multiculturalismo". LÓPEZ CALERA, Nicolás. "Sobre los derechos colectivos". En: Una discusión sobre los derechos colectivos. AAVV. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Madrid: Dykinson, 2001, p. 19.

políticas, religiosas, morales e ideológicas diferentes a los que ostentan los representantes de las "mayorías", estos fenómenos locales han conseguido ser considerados y reconocidos en la centralidad del debate político y económico¹⁶.

a globalización con sus políticas "de inclusión" logró tocar todos los "rincones" culturales del mundo en busca de recursos o mercados. La respuesta "local" sobrepasó el ámbito meramente económico retomando una lucha por su reivindicación pues hoy como ayer una de las formas más extendidas y "eficientes" de discriminación es la que proviene de la diversidad cultural. Los actuales estados se hallan edificados alrededor de una idea de "cultura", cuyas concepciones, principios, costumbres, tradiciones y prácticas se han impuesto abierta o veladamente sobre otros "grupos culturales", este hecho histórico ha traído como consecuencia que los individuos de esos grupos –no mayoritarios o desprovistos de representación política o apartados del poder del estado– sean sometidos en sus "aspectos inmateriales" a condiciones de discriminación o desconocimiento, lo que, por otro lado, se ha traducido en la privación o desamparo de los recursos materiales necesarios para mantener y desarrollar su propia concepción socio política de la vida en comunidad y su relación individuo-entorno.

Desde el punto de vista político la solución adoptada para integrar otras "culturas" ha sido la de establecer formas de representación que incluyan miembros de dichos grupos en los entes estatales encargados de legislar o tomar decisiones relacionadas con formas de inclusión cultural, sistema que ha permitido, por un lado, legitimar la dominación cultural y, por el otro, legitimar el orden jurídico dominante. Se ha utilizado la diversidad como pábulo institucional. La producción del derecho se enmarca dentro del procedimiento institucional pero carece de un "ethos" universal.

La actual Constitución colombiana, con una actitud realista interpreta adecuadamente el fenómeno multicultural que subyace en el orden jurídico y cultural reinante. Reconoce que una parte de la población que integra el Estado colombiano está formada por una diversidad de grupos étnicos y culturales, con tradiciones, creencias, costumbres y lenguas diferentes¹⁷. Esta aceptación se manifiesta en distintas normas a saber: el artículo 1° que contiene las grandes líneas que permiten perfilar las características del estado en cuanto a organización y régimen político y administrativo define a Colombia como "un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria,

¹⁶ La diversidad cultural hace relación a las formas de vida y concepciones de mundo no totalmente coincidentes con las de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política." y agrega: " Los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido para la mayoría, tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias, con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías" Sentencia C-818 de 2010.

¹⁷ Los grupos humanos que por sus características culturales no se ajustan a las creencias, costumbres y parámetros sociales propios de la mayoría o difieren de los gustos y anhelos de ésta, tienen derecho constitucional al reconocimiento de sus diferencias con fundamento en los principios de dignidad humana (Preámbulo y C.P. art. 1°), pluralismo (C.P art. 1°) y protección de las minorías (C.P. arts. 1° y 7), así como en los derechos fundamentales a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad (C.P. art. 16). Sentencia C-818 de 2010.

descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista"; el artículo 2° consagra como uno de los fines del estado facilitar la participación de todos los habitantes en la vida cultural de la nación por su parte, el artículo 7° protege la diversidad étnica y cultural, el 8° impone al estado la obligación de proteger las riquezas culturales y el 10° acepta que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios.

Estas normas muestran, sin lugar a dudas, que el constituyente de 1991 integró al orden constitucional diferentes formas culturales y concibe la base social sin distinciones provenientes de raza o cultura, ampliando de esta manera el espectro de derechos que ella consagra a todos los habitantes del territorio¹⁸.

No hay una superposición cultural abierta ni una "aculturación por ley"¹⁹, la diversidad étnica y cultural es más un elemento enriquecedor de la propia cultura que un obstáculo para la convivencia. Otras normas del estatuto de 1991, dejan atrás el modelo hegemónico y excluyente de la carta del 86²⁰, es así como encontramos los artículos 63, 68, 70, 246, 286 y 330 que reconocen y protegen varios aspectos de la vida de las comunidades indígenas como: el respeto a su identidad cultural, la inembargabilidad e imprescriptibilidad de sus territorios, la aceptación y reconocimiento de la cultura indígena en términos de igualdad, y el reconocimiento de cierto grado de autonomía en el ámbito territorial²¹.

¹⁸ "...el proyecto que subyace a la Constitución de 1991 es diferente: construir una identidad nacional plural, que no ve en las diferencias una amenaza a la paz social sino riquezas culturales y potencialidades de desarrollo democrático, que deben entonces ser reconocidas y protegidas. La Carta de 1991 es entonces la constitución de la diversidad, pues no sólo reconoce y ampara las diferencias sino que constituye e instituye mecanismos jurídicos y políticos para potenciarlas, como la jurisdicción indígena, las acciones en favor de grupos discriminados, o las circunscripciones electorales para minorías". UPRIMMY, Rodrigo. La constitución de la diversidad. En: <http://www.viva.org.co/cajavirtual/svc0020/articulo02.pdf>

¹⁹ Se entiende por *aculturación* el proceso mediante el cual un grupo humano con características culturales más o menos homogéneas, recibe e implementa *elementos culturales de otro grupo humano*, tomando para sí aspectos relevantes del comportamiento transmitido, usualmente en detrimento de la cultura propia y de forma involuntaria.

²⁰ Cf: UPRIMMY, Op.cit.

²¹ "Colombia, como estado pluralista y participativo, tiene entre sus retos el de promover la protección de las comunidades y garantizar el respeto de su integridad étnica y cultural, por medio de la protección efectiva de sus derechos sociales, económicos y culturales, fundados en el respeto de la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación..., los derechos sociales y culturales fueron consagrados por la Constitución de Colombia como un gran avance que tiene que ver con la protección de la diversidad étnica y cultural, la autodeterminación, la autonomía y la equidad". PARDO SCHLESINGER, Cristina, PARRA DUSSÁN, Carlos. Teoría constitucional. Liber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006. p. 199, 200.

Así mismo, existen instrumentos de carácter internacional de los cuales es signataria Colombia que incluyen en su reglamentación normas sobre el respecto de la diversidad cultural, entre los que se destacan: la Convención para la salvaguardia del patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, incorporado a la legislación nacional a través de la ley 1037 de 2006; la declaración universal sobre la diversidad cultural adoptada por la UNESCO en el 2001; por otro lado, " el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales cuyo artículo 15 garantiza el derecho de todas las personas a participar en la vida cultural y correlativamente establece la obligación del Estado de adoptar medidas para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, entre ellas, medidas dirigidas a la conservación, desarrollo y difusión de la cultura. A su turno el artículo 14 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", reconoce el derecho a los beneficios de la cultura cuyo contenido comprende, entre otros, el derecho a participar en la vida cultural y artística de la comunidad, y reitera la obligación del Estado de adoptar medidas para el desarrollo y difusión de la cultura²².

A pesar de lo anterior, consideramos que el reconocimiento de la multiculturalidad implica para todo aquel que pertenezca a un grupo "minoritario", la aceptación de una realidad social dominante²³, la inclusión en un orden jurídico superior que si bien permite cierto grado de autonomía, también reclama para sí el respeto de los valores que él consagra²⁴. El orden constitucional que integra dentro del sistema social y jurídico las diferentes expresiones, procurando su autonomía y conservación, también impone sobre aquellas el respeto a los principios que lo caracteriza como sistema normativo independiente.

La autonomía de la "cultura protegida" toma un carácter relativo, su garantía depende en gran medida de que los derechos que reclama para sí no estén en contraposición con derechos fundamentales que soportan y dan identidad al sistema que la integra, toda vez que en caso de confrontación, entre un derecho que emana de la autonomía del grupo cultural protegido y uno considerado fundamental por el sistema constitucional

²² Al respecto la Sentencia C-818 de 2010, precisa: "no sobra aclarar que, tal y como ocurre con la generalidad de los derechos, el derecho a la diversidad étnica y cultural no tiene en todo caso un alcance absoluto. La jurisprudencia constitucional ha dejado claro que el mismo encuentra límites, sin que ello signifique que cualquier mandato constitucional o legal prevalezca sobre él, pues, precisamente, se trata de un principio fundante del Estado que a su vez encuentra soporte en otros principios de igual categoría como la dignidad humana, el pluralismo y la protección de las minorías. Bajo ese entendido, ha precisado la Corte que "para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural. De lo contrario, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira la Constitución tornándolo inocuo".

²³ "... la formación de una sociedad pluralista, que reconozca la diversidad, plantea retos muy difíciles a las sociedades democráticas, pues los valores de determinadas comunidades pueden entrar en tensión con los valores o intereses de otras comunidades, o con los derechos constitucionalmente reconocidos a todas las personas". *Ibíd.* P. 2.

²⁴ CF: Sentencia C-208 de 2007.

dominante, ¿cuál de los derechos enfrentados debe prevalecer?, el sistema jurídico dominante se superpone, aplicando los principios de su propio ordenamiento utilizando para el efecto, tanto los procedimientos como los criterios y valores establecidos por el.

En el moderno derecho constitucional reconociendo esta realidad, la multiculturalidad forma parte de la actual concepción de los derechos humanos, se reclama el derecho a la identidad de diversos grupos, y se conceden derechos básicos en condiciones de diferenciación²⁵.

Pero esta solución supone nuevos problemas referentes a la generalidad del sistema jurídico, el mismo esquema normativo soporta todas las relaciones individuales y colectivas sin distinción. Se trata de igual manera los conflictos y necesidades de todo individuo sin importar su "origen cultural" lo que para algunos sitúa en posición de desventaja a los nuevos invitados al régimen constitucional.

Así las cosas, el reconocimiento de la diferencia cultural implica la adopción de medidas específicas tendientes a garantizar la efectividad del estatus jurídico otorgado, aplicando "la igualdad en la diferencia" tratando de eliminar los desacuerdos basados en condiciones sociales y culturales, se busca que "para hacer efectivos o lograr la equiparación de algunos derechos, se exija un trato distinto"²⁶.

La problemática sobre la diversidad cultural y su inclusión en el modelo jurídico tradicional constituye a nuestro modo de ver el mejor campo de aplicación del principio de igualdad debido a que exige, por un lado, la equiparación de derechos y, por el otro, la creación de instrumentos y políticas diferenciadoras. Al analizar el fundamento de los derechos económicos y sociales es necesario precisar que toda discriminación o desigualdad debe eliminarse, por lo que es inevitable que tales derechos sean aceptados por el ordenamiento con la finalidad lograr su garantía real para todos los habitantes, sin consideración de su origen cultural o étnico. Sin embargo los elementos diferenciadores, hacen prevalecer las condiciones que los generan, y de esta manera proteger efectivamente a quien es objeto de discriminación. Aquí el principio de igualdad se constituye en el eje central de cualquier política o legislación destinada a garantizar los DESEC. En esta perspectiva su aplicación es más amplia, supera la "simple igualdad ante la ley" para entronizar " la igualdad en la diferencia".

²⁵ En palabras de Miguel Carbonell: "Algunos autores ha sugerido la necesidad de concebir el derecho constitucional y la constitución como un instrumento eficaz para contener el deterioro del tejido social y la anormal distribución de bienes y servicios, en esto contribuyeron los políticos multiculturalistas que tienen por objeto el logro de la justicia social en contexto de pluralismo ético y cultural". CARBONELL, Miguel. Derechos sociales y derechos de las minorías. México: Ed. Porrúa, 2004 p. 363.

²⁶ "El liberalismo sabe perfectamente que no basta proclamar los derechos individuales, civiles y políticos y en consecuencia parece razonable afirmar –dice Kymlicka– que hay derechos diferenciados en función del grupo al que se pertenece, derechos que se asientan en la existencia de filosofías o visiones del mundo diversas e incluso opuestas". LÓPEZ CALERA. Op.cit, p. 27 y 28.

Bajo este planteamiento resulta adecuado para el tratamiento de los problemas discriminatorios basados en la diversidad cultural, una aplicación diferenciadora de derechos que permitirá "favorecer a personas o colectivos que están o han estado discriminados o que se encuentran en situación de desventaja"²⁷.

Así forjado, dicho principio protege las diferencias culturales, reconoce la autonomía personal, promueve la igualdad basada en el reconocimiento de derechos (partiendo de la condición particular de discriminación) y prohíbe la discriminación. Las diferencias no son ignoradas, son el punto de partida de la regulación y sirven de fundamento a la forma de adjudicación de derechos. Hay una valoración identitaria que permite crear un soporte sociológico sobre el que se sostendrá el andamiaje de los derechos sociales, económicos y culturales.

Este acercamiento al contenido y alcance del principio de igualdad permite comprender la complejidad del problema de la satisfacción de los DESEC, pues no se trata de regular de manera uniforme un derecho en desmedro de las condiciones sociales y culturales de grupos con características distintas. Todo derecho debe partir del respeto del entorno de su beneficiario, las formas culturales resultan así el medio que se utiliza para lograr la garantía de la satisfacción adecuada, según las costumbres propias del beneficiario de una necesidad de carácter social o económico.

Sin embargo de nada sirve esa aceptación de la diferencia si adicionalmente la misma no se traduce en el logro de la igualdad material que busca que cada individuo –con sus características culturales, religiosas– puede contar con los elementos que le permitan la preservación de esas características diferenciadoras.

Los DESEC no sólo se convierten para estos grupos en la forma de preservación de su cultura, también los sitúa en condiciones de igualdad con otros conglomerados sociales, les otorga prerrogativas reconocidas a otros, su papel integrador toma fuerza, concreta la visión que todos los seres humanos tienen iguales derechos, su protección llega no sólo al grupo sino al individuo, presentándole nuevas posibilidades de desarrollo, integran las esferas individuales y colectivas en procura de la realización del proyecto individual de vida conforme a las propias creencias y tradiciones. Así las cosas, cualquier forma de inclusión de grupos culturales o minoritarios debe tener como presupuesto indispensable la aceptación de la identidad o diferenciación como parte del concepto de dignidad humana, cuyo contenido reclama en ciertos casos "valores de grupo" o lo que varios autores llaman derechos colectivos. "Hay ciertos elementos o bienes que únicamente los grupos pueden poseer: procesos de socialización, estructuras de comunicación o, lo que suele denominarse, el bien de la "comunidad fraternal" ²⁸.

²⁷ AÑÓN ROIG, María José, GARCÍA AÑÓN, José, DE LUCAS, Javier. Lecciones de Derechos Sociales. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2004, p. 122.

²⁸ Sin embargo *La tradición liberal* plantea varias objeciones al reconocimiento de derechos colectivos los cuales resume Torbisco en: "a.) los derechos humanos se adscriben a quienes tienen ciertas capacidades... sólo los individuos pueden libremente razonar b) la idea de que los intereses de los grupos son irreductibles a intereses individuales tiene implicaciones dudosas..."

El derecho debe ser capaz de implantar condiciones simétricas entre los diferentes grupos que concurren a la formación del Estado o que pertenecen y se integran a él, debe producir respuestas efectivas a múltiples exigencias y anhelos sociales. La multiculturalidad al igual que otras minorías reclama "inserción efectiva", sus reivindicaciones suponen demandas de carácter jurídico-formal, al mismo tiempo que los derechos y garantías que reconoce procuran darle contenido material al concepto de ciudadanía²⁹.

La aceptación de la diferencia es sólo un paso hacia la inclusión, que se enfrenta a diferentes tipos de obstáculos, esta forma de producción del derecho logra vencer el modelo auto-reproductivo social incorporando nuevos valores. A cada grupo se le reconoce el derecho a conservar sus prácticas etno-culturales, permitiendo una convivencia simultánea e integradora.

A pesar de la oposición a la existencia de los derechos colectivos hoy se admite que tienen una relación indisoluble con los derechos del individuo, que permiten su plena realización³⁰. López Calera citando a Freeman, M. señala: "Kymlicka reconoce *los derechos colectivos y mantiene que los derechos colectivos pueden ser considerados necesarios para la autonomía individual*"³¹ (énfasis del autor).

Los DESEC y su principal "potencializador", el principio de igualdad, constituyen el marco ontológico que permite dar un nuevo contenido a conceptos como minorías, grupos raciales, identidad cultural, diversidad y diferencia, permitiendo una visión integradora y de respeto de las condiciones culturales, étnicas sociales y religiosas de un gran número de individuos, cuya identidad se ajusta a una visión universal diversa a la impuesta por el individualismo liberal³².

podría darse el caso, entonces de que algunos de sus miembros, la mayoría e incluso todos ellos tuvieron intereses contrapuestos a los del grupo c) los derechos colectivos deben atribuirse a las minorías... y d)... de aceptarse la idea de los derechos colectivos, el grupo podía situarse por encima del individuo"... TORBISCO, Op.cit. p. 396 a 399.

²⁹ Que más que una expresión de contenido político es la aceptación desde lo público de las necesidades particulares de cada ser humano que impone una respuesta general basada en lo particular, atribuyendo a todos los "ciudadanos" derechos con consideración directa a su posición individual en lo social, cultural, político, religioso, étnico.

³⁰ La tesis liberal moderada de Kymlicka dice "que las reivindicaciones de los grupos étnicos y nacionales son compatibles con los principios liberales de libertad individual y justicia social"... "la existencia de los derechos individuales y de derechos colectivos no debe llevar a la conclusión de que tales son incompatibles. Los derechos colectivos son compatibles con los principios liberales" LÓPEZ CALERA. Op.cit. p. 29.

³¹ *Ibíd*, p.27.

³² "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

El haz de derechos que surge de tal posición política permite soñar con un mundo más igualitario, basado en el respeto al individuo, aceptando sus condiciones particulares, materiales y dignificando su concepto de vida expresado en los valores del grupo a que pertenece.

La dignidad humana se presenta aquí como caríátide que sostiene y embellece el orden jurídico, dándole contenido a las actuaciones del orden social materializadas en el reconocimiento de la autodeterminación y la garantía de la satisfacción de las necesidades sociales, que incluyen las inmateriales y de pertenencia al grupo que conforma.

1.3 Derechos económicos sociales y culturales³³ como fundamento de la dignidad humana

De acuerdo con el artículo primero de la Constitución, Colombia es un Estado Social de Derecho organizado en forma de República, fundado en el respeto de la dignidad humana³⁴, lo que integra una gama amplia de facetas que conforman el "aspecto subjetivo material" del individuo que va mas allá de la satisfacción y respeto de las libertades liberales tradicionales, por lo que la totalidad de las garantías y los derechos contemplados en la constitución deben tener plena aplicación y efectividad³⁵.

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." Sentencia T 129/11.

³³La Constitución de Colombia dedica el capítulo 2 del título II (artículos 42 al 77) a los DESEC.

³⁴ "La dignidad humana, como principio fundante del Estado, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. Tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circunstancia"...". Su acato debe inspirar a todas las actuaciones del Estado. Por lo tanto, "La dignidad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal", Sentencia T-792 de 2005.

³⁵ La Corte Constitucional de Colombia, en desarrollo de su función como tribunal de constitucionalidad y en la de revisión de tutelas, ha abordado profusamente el tema de la dignidad humana y con fundamento en él, ha tutelado diferentes tipos de derechos, tales como: derechos de los reclusos, de los niños, derecho a la pensión de jubilación, derecho a la salud, derecho a medicamentos y tratamientos médicos, derecho al trabajo, derechos de la mujer etc., por lo tanto se incorporan al presente trabajo extractos de distintas sentencias de dicho tribunal, con el ánimo de conocer la concepción jurisprudencial al respecto, sin entrar a estudiar las circunstancias particulares de los casos que la corte analiza, se busca brindar una idea más o menos completa del contenido y significación de este "principio" y cómo el mismo ha servido de punto de partida para la concreción de varios de los DESEC, estos pronunciamientos y su aplicación resultan, a nuestro modo de ver, trascendentales para la argumentación del presente trabajo. Bajo el mismo criterio se incorporan apartes de sentencias relacionadas con los diferentes temas tratados en este trabajo, tales como: la multiculturalidad, el principio de igualdad, omisión legislativa, DESEC, y derechos de aplicación progresiva. En este sentido nos apartamos de la metodología utilizada por López Medina, en la construcción de líneas jurisprudenciales, quien para el efecto precisa que

Este diseño constitucional tiene unas profundas implicaciones en la forma como se aborda en el ordenamiento jurídico colombiano la aplicación de los derechos humanos en general y de los derechos sociales económicos y culturales en particular. El mismo impone un marco que define de antemano la forma como debe concebirse, interpretarse y asignarse los derechos sociales, económicos y culturales. Establecer el concepto de dignidad humana como soporte del Estado que se recrea en la Constitución entraña una concepción del derecho que podríamos sintetizar de la siguiente manera: el derecho y el Estado están al servicio del ser humano, toda regulación e institución al igual que todas las formas jurídicas tienen una sola condición de validez, la concreción de la dignidad humana³⁶.

La fuerza normativa de Constitución no solo comporta una carga para el derecho legislado, también inspira y soporta los diferentes tipos de relaciones entre los individuos y entre estos y el estado, toda actividad estatal desplegada independientemente de su finalidad y su alcance político, debe estar encaminada a garantizar la realización de diferentes derechos constitucionales teniendo como fundamento de la dignidad humana, lo cual se constituye en criterio de validez del ordenamiento jurídico.

La Corte Constitucional ha reconocido que "El derecho a la dignidad impregna todo el ámbito de la Carta" y con él todo el espacio institucional de la nación, dentro del cual la actividad legislativa constituye un elemento esencial, como más adelante se analizará. "De conformidad con el inciso final del artículo 53, la ley no puede menoscabar la libertad y la dignidad humanas".³⁷ Frente a esta omnipresencia de la dignidad humana en la constitución colombiana, cabe preguntarse qué es, cómo se manifiesta y cómo puede ser definida. Para responder estas inquietudes acudiremos una vez más a las sentencias de

se "...debe tratar de identificar las sentencias hitos agrupadas en torno a problemas jurídicos bien definidos... Eso implica que las líneas no pueden construirse por mera afinidad conceptual, sino que es indispensable, al mismo tiempo, cercanía y relevancia en relación con los patrones facticos bajo estudio...". LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006. p. 167. La diferencia metodológica se justifica debido a que el autor antes citado busca determinar la forma como la Corte se ha pronunciado sobre un tema específico, por el contrario, aquí se trata de mostrar el alcance que la Corte ha dado a varios "principios" constitucionales, con independencia de la causa que motiva el pronunciamiento, se pretende mostrar como el " principio" constitucional sirve para dar contenido a derechos constitucionales formulados de manera general.

³⁶ "El principio de la dignidad no es sólo una declaración ética, sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades; es consecuencia un valor fundante y constitutivo del orden jurídico y de los derechos fundamentales... es un sentido moral y jurídicamente extenso..." Sentencia T-465 de 1996. La Sentencia C-239 de 1997, al respecto señala: "La dignidad humana. Es en verdad principio fundante del Estado,... que más que derecho en sí mismo, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la constitución."..."Este principio atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad".

³⁷ Sentencia T-618 de 2000.

la Corte Constitucional, en este caso a la C-542 de 1993, la cual por su contenido en nuestro criterio aporta elementos importantes que sirven de punto de partida para el análisis de la relación entre derechos sociales y económicos y la dignidad humana³⁸, toda vez que reivindica la integralidad del ser humano, la cual a su vez constituye el fin de todo el andamiaje jurídico. Así la realización efectiva de derechos como salud, educación, alimentación y vivienda digna, entre otros, constituye la base indispensable para ejercer la independencia y autonomía de que está dotada la persona.

Siendo la persona el centro del ordenamiento político-social, el derecho le debe otorgar mecanismos eficientes para adoptar autónomamente su plan de vida de acuerdo con sus propias condiciones y creencias³⁹. En este sentido el derecho no es neutro, brinda y

³⁸ Según Kant, "...el hombre, y en general todo ser racional, existe como un fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado al mismo tiempo como fin." Y partiendo del supuesto de que el hombre es un fin en sí mismo, enuncia este imperativo categórico: "Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo, y nunca solamente como un medio." KANT, Emmanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres y otros escritos. México: Ed. Porrúa, 1990. p. 44. En relación con la teoría de Kant sobre la persona, afirma Recasens Siches: "En este sentido dice que los seres racionales se llaman personas en tanto que constituyen un fin en sí mismo, es decir, algo que no debe ser empleado como mero medio, algo que, por consiguiente, encierra albedrío. La persona es un ser enteramente diverso de las cosas, diverso por su rango y dignidad. Personalidad es "libertad e independencia del mecanismo de toda la naturaleza". Conviene, pues, subrayar que en Kant el concepto de persona surge a la luz de una idea ética. Esto es, la persona se define no atendiendo sólo a la especial dimensión de su ser (v.gr., la racionalidad, la indivisibilidad, la identidad, etc.), sino descubriendo en ella la proyección de otro mundo distinto al de la realidad, subrayando que persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir por propia determinación, aquel que tiene su fin en sí mismo, y que cabalmente por eso posee DIGNIDAD, a diferencia de todos los demás, de las cosas, que tienen su fin fuera de sí, que sirven como mero medio a fines ajenos y que, por tanto, tienen PRECIO. Y ello es así, porque la persona es el sujeto de la ley moral autónoma, que es lo único que no tiene un valor solamente relativo, o sea un precio, sino que tiene un valor en sí misma y constituye así un autofin..." DEL VECCHIO, Giorgio, RECASENS SICHES, Luis. "Filosofía del Derecho" y "Estudios de Filosofía del Derecho". Tomo I, p. 353. México: UTEHA, 1946. (Subrayados nuestros)... "El hombre, en síntesis, tiene dignidad porque es un fin en sí mismo y no puede ser considerado un medio en relación con fines ajenos a él". El contenido de esta sentencia en relación con la dignidad humana es citado comúnmente en otras decisiones del tribunal constitucional colombiano entre las que se destacan, la T-881 de 2002 y la T-618 de 2000. Resulta importante señalar que en la Sentencia C 542 de 1993, no se debatía un aspecto relacionado directamente con la aplicación de los DESEC.

³⁹ "...el concepto de dignidad humana no constituye hoy, en el sistema colombiano, un recurso literario u oratorio, ni un adorno para la exposición jurídica, sino un principio constitucional, elevado al nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas", salvamento de voto a la Sentencia C 397 de 2010.

otorga facultades al ciudadano para poder reclamar del ente Estatal el cumplimiento de los derechos que permitan su pleno desarrollo en los ámbitos social y personal⁴⁰.

Así entendido, el derecho se convierte en el instrumento utilizado por el individuo para cumplir con sus propias metas y en el medio por el cual el Estado busca cumplir el fin político determinado por el constituyente, el cual supera su propia institucionalización, logrando la aplicación de derechos específicos, que permiten su identificación como sistema jurídico, cuyo vértice está constituido por una visión íntegra del ser humano soportado en la dignidad humana..

Por otro lado, el Estado Social de Derecho tiene su fundamento en el reconocimiento y aplicación de los derechos humanos en general, dentro de los cuales, los derechos sociales, económicos y culturales juegan un papel importante como base mínima del disfrute efectivo de los derechos civiles y políticos clásicos⁴¹. La persona constituye la centralidad del sistema, el Estado se crea y organiza en busca de satisfacer las necesidades de la sociedad que lo diseña e implementa (incluyendo a las personas individualmente consideradas)⁴².

Su organización, actividad y existencia se encamina a lograr el desarrollo integral del hombre basado en la dignidad que como ser humano posee⁴³. "La persona es

⁴⁰ "Los valores y principios que promueve el estado social de derecho coinciden con el núcleo social y sus reivindicaciones: igualdad material, dignidad humana, pluralismo y solidaridad". "El estado social de derecho construye su discurso axiológico fundamentado en la idea de un individuo que debe ser digno y cuya dignidad debe ser reconocida por el propio estado y por los demás individuos y grupos que conforman la sociedad". Cf. GÓMEZ ISAZA, María Cristina. El concepto de estado social de derecho como argumento para negar o conceder derechos sociales en justicia constitucional en el siglo XXI. Universidad Autónoma de Occidente, 2009.

⁴¹ "...el concepto de Estado Social de Derecho (artículo 1 C.P.) no es apenas una frase ingeniosa ni una declaración romántica del Constituyente sino un rasgo esencial del sistema jurídico que se proyecta más allá de los mismos textos superiores y cobija la totalidad del sistema jurídico, debiendo por tanto reflejarse en las normas legales, en la actividad del Gobierno y de las autoridades administrativas, no menos que en las decisiones judiciales". Sentencia T-1430 de 2000.

⁴² "La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es "un fin en sí misma"; Sentencia T-075 de 2001.

⁴³ Castaño Zuluaga, citando a Häberle señala al respecto: "No es el estado ni el poder los objetos principales de una Constitución sino el hombre, el ser humano y la protección de sus derechos. La piedra angular erigida en valor supremo constitucional es nada menos que "La dignidad humana" por lo que las diversas funciones que los textos constitucionales están llamados a cumplir se reducen a estar puestas al "servicio de la persona humana". El magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, en salvamento de voto a la Sentencia C 397 de 2010, al analizar el alcance y efecto de la dignidad humana precisa: "la dignidad humana constituye un elemento definitorio del Estado

merecedora de respeto y ese respeto se concreta en la vigencia y en la realización de sus bienes jurídicos fundamentales"⁴⁴.

La dignidad humana es el "concepto-valor" que por un lado, soporta el contenido de todos los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional, y por otro determina su alcance y forma de interpretación⁴⁵, permite proteger diferentes aspectos de la vida individual, integra al hombre con su entorno, reafirma su condición de libertad, le reconoce voluntad y acepta sus necesidades. Bajo su amparo la libertad es una forma de autorrealización, superando el concepto tradicional de libertad política, la dignidad concentra los valores, obligaciones y derechos de la sociedad, el Estado y los individuos respectivamente, y constituye simultáneamente criterio de validez de las normas jurídicas, pues ninguna norma del ordenamiento legal puede desconocer los atributos que la dignidad humana consagra. Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-562 de 2006 precisó sobre las particularidades de la dignidad humana: "... tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico".

Dicho reconocimiento pone a los seres humanos en condición de igualdad para reclamar y ejercitar sus derechos⁴⁶. La titularidad de los mismos emerge de la propia naturaleza del individuo, independientemente de la posición social, la condición económica, racial o política. "El hecho de pertenecer al género humano le otorga a la persona una dignidad que se constituye en el fundamento de esas potestades para reclamar aquello que necesita"⁴⁷.

social y de la democracia constitucional, existiendo entonces una suerte de relación conceptual necesaria entre dignidad humana y estado social de derecho". CASTAÑO ZULUAGA, Luis Ociel. Poder Judicial democracia y control de constitucionalidad. Bogotá: Editorial Leyer, 2010, p 237.

⁴⁴ LOZANO, Carlos Augusto. "Teoría dogmática de los derechos humanos". p. 44. En: Derechos económicos, sociales y culturales. Cátedra Gerardo Molina. Universidad Libre de Colombia. Bogotá: Editorial Kimpres, 2009.

⁴⁵ "El derecho a la dignidad no es una facultad de la persona para adquirir su dignidad, ni para que el Estado se la otorgue o conceda, porque la dignidad es un atributo esencial de la persona humana...", Sentencia T-795 de 2005.

⁴⁶ "El propósito de hacer real y efectiva la igualdad no puede entenderse sino como la materialización progresiva de condiciones sociales, económicas y culturales que reduzcan al máximo los desequilibrios existentes en las oportunidades de desarrollo humano" AA. VV. Interpretación y génesis de la constitución de Colombia. Editorial Carrera 7, Bogotá: 1992, p. 103.

⁴⁷ . "La dignidad supone la idea de igualdad material y de desmercantilización de los derechos del hombre (reconocimiento de derecho (SIC) económicos, sociales y culturales)". Gómez Isaza, María Cristina. El concepto de estado social de derecho como argumento para negar o conceder derechos sociales en Justicia Constitucional y Democracia en el siglo XXI. AA VV DUQUE SANDOVAL, Óscar, TOVAR, Luis Freddyur (compiladores) Universidad Autónoma de Occidente, Cali, 2009, p. 77.

La plena aceptación de este postulado⁴⁸ en la modernidad trae como consecuencia la necesidad de construir un orden jurídico que sobrepase la ecuación tradicional libertad-autonomía. Se reconoce que el desarrollo integral de la persona solo se alcanza con lo que algunos autores denominan igualdad material,⁴⁹ entendida como la adecuada distribución de medios que permiten un desarrollo personal apropiado fundado no solo en el disfrute de condiciones materiales, sino de la posibilidad real de participación en la vida política y social. La silueta que proyecta el ser humano sobre el universo del derecho abarca categorías sociales, políticas, económicas, culturales, familiares y de autonomía y autodeterminación⁵⁰, las cuales conforman el espectro de sus derechos. La dignidad humana emerge así como una luz que proyecta y potencializa la silueta del hombre del siglo XXI en busca de su plena autorrealización, basada en su derecho a la libertad, que implica, en todo caso, el disfrute de unas condiciones materiales mínimas⁵¹. Se eclipsa así, con la consagración constitucional de los derechos sociales, económicos y culturales, la concepción decimonónica de la protección de los derechos civiles y políticos como máxima garantía para el desarrollo personal.

La sola consagración de la dignidad humana como valor fundante del Estado, no es suficiente para lograr la efectividad de los derechos y garantías que ella implica, no basta con que el texto Constitucional establezca una norma, su eficacia dependerá también del grado en que esa norma refleje las necesidades históricas de esa sociedad.

El ordenamiento constitucional incorpora una serie de valores que constituyen la base política de su legitimidad, consulta los ideales del grupo social, los interpreta y los traduce en enunciados normativos abiertos, en espera de que el valor allí contenido dé vida a las instituciones. Su fundamento axiológico sobrepasa el contenido político para instaurarse como criterio de validez del propio ordenamiento y como elemento de creación del "alma jurídica" del sistema. Los deberes jurídicos comportan a su vez valores sociales, esta construcción alcanza su mayor desarrollo en la configuración de los derechos económicos, sociales y culturales, que conforman el aspecto normativo que sustenta la dignidad humana, no porque esta emerja de aquellos, sino porque constituye la forma

⁴⁸ Un postulado es una proposición cuya verdad se admite sin pruebas y que es necesaria para servir de base en racionamientos ulteriores, *ibíd.*, p. 44.

⁴⁹ "El principio de igualdad material, conectado al desarrollo del Estado social, se asocia a la prescripción de equiparación y de equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales y pueden identificarse con el mandato genérico de que los sujetos sean hechos tan iguales como sea posible en sus condiciones materiales de vida". AÑÓN ROIG, GARCÍA AÑÓN, DE LUCAS J. *Op.cit.*, p. 66.

⁵⁰"El hombre, en síntesis, tiene dignidad porque es un fin en sí mismo y no puede ser considerado un medio en relación con fines ajenos a él", Sentencia T-618 de 2000.

⁵¹ SUÁREZ SEBASTIÁN, María del Pilar. "Aspectos fundamentales de los DESC" p. 61. En: *Derechos económicos, sociales y culturales*. Cátedra Gerardo Molina. Universidad Libre de Colombia. Bogotá: Editorial Kimpres, 2009. Entiende la dignidad humana "como un valor inherente a todos los seres humanos que se basa en el respeto a la libertad de los hombres".

normativa de su reivindicación material, reivindicación que envuelve, al decir de la Corte Constitucional al menos tres aspectos: "(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)".⁵²

Los elementos integrantes de la dignidad humana, según esta descripción, conforman un bloque cuyas aristas contienen la expresión jurídica del individuo, al cual se le reconoce su capacidad de autodeterminación como reflejo de su racionalidad y en ejercicio de su libertad. Estos atributos cuya protección el orden jurídico establece como fines del Estado a la luz del artículo 1 de la carta, son los que en nuestro parecer integran el concepto de dignidad humana y convierten al hombre y sus necesidades –como parte de su propia individualidad– en el vértice del sistema político y jurídico, de donde emanan los principios que guían toda su actividad y en donde convergen todos los derechos, cuya máxima expresión está constituida por los preceptos constitucionales y legales que reconocen los DESEC, los cuales integran la afirmación institucionalizada más amplia de que el “hombre es un fin en sí mismo”, tal como lo afirma la Sentencia T-792 de 2005.

El ser humano no logra su cabal desenvolvimiento con la sola garantía de protección de derechos como la libertad de expresión, el derecho al debido proceso, la libertad de conciencia, entre otros. Para que los hombres sean realmente libres se requiere además, de un sinnúmero de oportunidades y condiciones que posibiliten a cada individuo actuar según su propia visión de sí mismo y de su papel en la sociedad, de nada sirve la libertad política y el reconocimiento de la autonomía personal si no se cuenta con las “condiciones objetivas” que permiten realizarlas.

El hombre moderno reclama, salud, vivienda, educación, autonomía cultural, respeto por la diversidad, seguridad social, como aspectos que dan contenido a su autonomía, dotándola de sentido y oportunidades. Poca libertad tiene un hombre “libre” en un sistema que reconoce la dignidad humana pero que no le provee los medios que requiere como individuo para integrarse a la sociedad y que como ser humano debe tener para su realización individual⁵³.

⁵² Sentencia T-881 de 2002.

⁵³ “De ahí que no pueda entenderse que la misión estatal se limite a la protección de la libertad y sus desarrollos concretos o a la igualdad y sus elementos concretos. Por el contrario, el respeto por la dignidad humana supone un reparto igualitario (sea formal o material) de las condiciones de ejercicio de la libertad. En este punto, ha de tenerse presente que la realización de la libertad depende, en gran medida, de las condiciones materiales, de suerte que la interpretación de los derechos constitucionales, sean fundamentales o no, ha de tener por norte la consecución de la real igualdad”. Sentencia T-958 de 2001.

La tradicional clasificación de los derechos en derechos civiles y políticos, de un lado, y derechos sociales económicos y culturales, del otro, lleva implícita una concepción dualista que antagoniza aspectos inseparables de la condición humana⁵⁴.

Los derechos políticos y civiles dotan al individuo de libertades y garantías que limitan el poder del estado y establecen cortapisas a sus abusos y desviaciones. Como se concibe al hombre como un ser libre y dotado de autonomía, la principal preocupación bajo este esquema es la regulación de los poderes del estado y los gobernantes. Se establecen mecanismos e instituciones que propenden por la libertad, atributo que es separado de manera abierta de las condiciones materiales de vida, las cuales constituyen el presupuesto del desarrollo individual. Paralelamente se regula y controla las facultades y competencias del gobernante constituyendo a su vez barreras contra los abusos de estos, las garantías de libertad, seguridad y propiedad se establecen como el pilar del sistema de derechos.

Sin embargo, en la actualidad no se acepta la división tajante entre los derechos civiles y políticos y los DESEC. Los derechos humanos son un todo inescindible e interdependiente, unos y otros tienen su origen en necesidades humanas. "Son criterios de legitimidad procedimental o de origen y el contenido material de todas las normas jurídicas y del ordenamiento en su conjunto"..."los derechos sociales, económicos y culturales son indispensables para la realización igual y universal de los derechos civiles o de libertad"⁵⁵.

El reconocimiento y aplicabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales otorga a sus beneficiarios los medios materiales que permiten colocarse en situación de equilibrio con el resto de la sociedad, pone en sus manos aspectos fundamentales – derechos y garantías– buscando que todos los miembros del grupo social puedan vivir de manera plena. Estos derechos conllevan el reconocimiento, protección y concreción de los diferentes aspectos que integran al ser humano, permiten la realización social e individual de personas en situaciones de desventaja o pertenecientes a grupos marginados o discriminados por condiciones sociales, económicas, políticas, culturales o raciales, buscan la eliminación de la exclusión y pretenden dar aplicación concreta y objetiva al principio de igualdad.

La satisfacción de las necesidades es la que justifica y legitima los DESEC. Esas necesidades son "estados de dependencia"⁵⁶ que involucran diferentes situaciones y

⁵⁴ "Históricamente los derechos económicos, sociales y culturales han sufrido una especie de *capitis diminutio*: se los ha considerado derechos de segunda categoría, derechos incompletos en relación con aquellos considerados paradigmáticos en el campo constitucional, como lo han sido los derechos civiles y políticos". COURTIS, Christian. Cómo vigilar el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales. p. 461. en Derechos económicos, sociales y culturales. Cátedra Gerardo Molina. Universidad Libre de Colombia. Bogotá: Editorial Kimpres, 2009.

⁵⁵ AÑÓN ROIG, GARCÍA AÑÓN, DE LUCAS. Op.cit, p. 94.

⁵⁶ Cf: Ibíd. p. 96.

aspectos del ser humano y su entorno. Su satisfacción sitúa a la persona en mejor posición para afrontar su actuar social, la motiva y la involucra con el medio en igualdad de condiciones, bien podría decirse que el elemento que conecta la esfera pública y la privada lo constituye la superación de esos estados de dependencia⁵⁷.

El reconocimiento de sus necesidades sitúa al individuo en el centro del actuar político y lo convierte en el destinatario de las políticas públicas, amén de ser hilo conductor del proyecto constitucional. Los derechos económicos, sociales y culturales, representan la respuesta moral del derecho constitucional actual al estado de limitaciones y privaciones económicas y sociales en las que se desenvuelven millones de seres humanos.

Así entendida la satisfacción de las necesidades humanas fundamenta, el sistema jurídico, aportando justificación a los derechos de unos y a las obligaciones de otros, legitima la existencia del aparato estatal y constituye sustento de sus funciones, pues solo a través de esa satisfacción con grados diferentes y en ámbitos diversos se concreta la dignidad humana.

La marginación actual entendida como el no reconocimiento o limitación en el disfrute de uno o más derechos sociales, económicos, culturales y políticos de un sinnúmero de grupos sociales puede tener su origen, entre otras causas, en condiciones tan diversas como su ubicación geográfica, su pertenencia a un grupo étnico, condiciones de minusvalía, posición social, situación laboral, tendencias ideológicas, condición física o desplazamiento. Semejante multiplicidad de factores que generan recortes en esferas particulares de los núcleos de construcción individual del hombre, se elevan como una limitación fáctica al principio de libertad, pues impiden que los individuos sometidos a ellas, alcancen su realización personal.

El reconocimiento de esta realidad en la sociedad actual ha inspirado los textos constitucionales contemporáneos que buscan crear un escudo protector –directa o indirectamente– a través de los derechos sociales, económicos y culturales. La norma superior que los consagra se constituye en parámetro de equidad, con ella se avanza en la idea de integralidad del ser humano y se constituyen garantías que pretenden corregir los factores de discriminación.

Se parte de la idea de justicia social como soporte de la estabilidad del grupo, se da contenido material a la dignidad del hombre, la persona necesita tener acceso en condiciones de igualdad a los bienes que la sociedad brinda en un momento específico

⁵⁷ "Las necesidades básicas o fundamentales forman parte de los elementos constitutivos de la capacidad de una (SIC) ser humano para desenvolverse como agente moral, esto es, como sujeto libre y responsable. El planteamiento más importante es que las necesidades no serían condiciones para la realización un (SIC) plan de vida elegido por un sujeto, sino que serían requisitos para la persecución de todo un plan de vida". *Ibíd.* p.102.

puesto que la inclusión social tiene más de una faceta, entonces el derecho de participación no sólo en la vida política sino en la distribución de otros bienes sociales cobra importancia, y se alza como un elemento reenviador de condiciones de vida. Se demanda del orden legal no sólo tener condiciones de supervivencia, también se busca la superación del ser humano para lo cual la sociedad debe constituir el valor jurídico de la solidaridad que soporte su estructura, los DESEC constituyen la forma jurídica que garantice una inclusión integral⁵⁸.

Pero la dignidad del hombre no se limita al reconocimiento de unas facultades, potestades o derechos. Su concreción "universal" consiste en dotar a todo ser humano de las condiciones de vida propias de una sociedad en un momento histórico dado. El avance de la técnica, la cultura, el disfrute de los bienes sociales contemporáneos no puede estar limitado privilegiando sólo a quienes sus condiciones económicas les permita acceder a ellos, debe cobijar a todos y cada uno de los hombres que forman el entramado social. El derecho debe ser una fuerza incluyente, que otorga oportunidades, que reconoce diferencias pero que elimina la discriminación, debe ser un marco que contiene al ser humano buscando su desarrollo. Su fin no es por lo tanto la organización estamental, es el individuo con sus carencias, necesidades y aspiraciones. Los DESEC sintetizan el valor de la persona y su prioridad respecto a cualquier institución o medio, siendo su objetivo favorecer el protagonismo de la persona en la vida social.⁵⁹

La aplicación efectiva de los DESEC sobrepasa la igualdad formal ante la ley. Además, reconocen el derecho que tienen quienes son distintos, aceptan la diversidad y protegen la diferencia pero a la vez buscan eliminar los factores de exclusión con el propósito de lograr el reconocimiento, respeto y satisfacción de las necesidades de cada individuo en particular, ya sea eliminando privilegios u otorgando prerrogativas. La igualdad formal se transforma en una "diferenciación objetiva" de acuerdo con las particularidades de un grupo o de una persona. La norma pasa de regular formas a reconocer diferencias, se supera el criterio según el cual la validez de la norma depende del procedimiento utilizado para su expedición, por consiguiente, ahora la validez está ligada a la capacidad de satisfacer esas necesidades humanas, el paradigma liberal "derecho igual a hombres libres" es reemplazado por: régimen jurídico igual hombres libres y autónomos. "Hemos comprendido claramente que la libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económicas. Los hombres necesitados no son hombres libres. Con gente hambrienta y sin trabajo se construyen las dictaduras".⁶⁰

⁵⁸ En palabras de los autores de *Lecciones de Derechos Sociales*, tal inclusión: "supone el reconocimiento de las mínimas condiciones de dignidad para todas las personas y en todos los ámbitos, incluyendo el de la participación en la toma de decisiones. Es el propio Estado de Derecho el que da legitimidad al reconocimiento de todos los derechos de hecho no puede considerarse de forma separada, la idea moderna de estado sin el reconocimiento de los derechos. AÑÓN ROIG, GARCÍA AÑÓN, DE LUCAS. Op.cit. P. 44.

⁵⁹ *Ibíd.* p. 115.

⁶⁰ ROOSEVELT Franklin D. Segunda carta de derechos. Decimoprimer mensaje anual al congreso de los Estados Unidos (11 de enero de 1944).

La efectiva aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales, representa la eliminación de condiciones de marginación o desigualdad social. Están destinados a lograr la concreción del principio de igualdad y con ellos se aspira a superar la desigualdad que se refleja en la presencia de necesidades insatisfechas.

En resumen, los DESEC son el punto de partida de una política humanista que reconoce la diferencia, se soportan en la dignidad humana removiendo las causas que "limitan" la libertad de escoger autónomamente un proyecto de vida, satisfacen las necesidades de ciertos grupos o individuos puestos en estado de desventaja frente a los niveles mínimos establecidos en la sociedad. Ello implica romper la limitación personal del individuo - respecto de los medios que posee- la cual es reemplazada por la fuerza colectiva de las instituciones, el orden social se superpone al individuo para dignificarlo, reconociendo sus diferentes facetas en un contexto de autonomía. En el Estado Social de Derecho, hay un cambio en la concepción del papel del Estado como estructura social; acompañado de un replanteamiento de la actitud individualista de las personas, la solidaridad se establece como principio de "ética pública". El concepto de reconocimiento de derechos basado en la libertad, propiedad e iniciativa personal que sustenta el libre mercado de bienes y servicios, es sustituido desde el marco constitucional por la consagración normativa de la solidaridad⁶¹. Existe un compromiso –impulsado desde el ordenamiento por los actores sociales– que legitima el ámbito de lo público, que tiene múltiples manifestaciones y facetas que van desde lo político hasta lo cultural. Las funciones estatales deben ser instrumentos de aplicación de los valores constitucionales más que actuaciones procedimentales regladas, su estructura busca satisfacer carencias, brindar oportunidades y ofrecer alternativas de vida a todo aquel que carece de medios adecuados para poner en marcha su propio proyecto de vida.

El objetivo de los órganos estatales está definido por la aplicación de los principios democráticos y la igualdad material, su rol sobrepasa el cumplimiento mecánico de tareas legales para situarse como "aplicador de valores constitucionales". Los derechos sociales, económicos y culturales, son el vehículo de mayor alcance social por su amplitud, diversidad y contenido.

Sin embargo no basta con la consagración formal del derecho para su cumplimiento. Se requiere además dotar al individuo de mecanismos que garanticen su protección y "de estructuras administrativas capaces de darles viabilidad"⁶², lo que en nuestro sentir se logra a través de la legislación sobre DESEC, aspecto que más adelante desarrollaremos.

Entendidos desde esta perspectiva, los derechos sociales, económicos y culturales, no son sólo normas jurídicas sino morales que legitiman y justifican el funcionamiento del

⁶¹ "La solidaridad es la actitud que deben desplegar todos los miembros de la sociedad, sea cual sea su origen y condición" Gómez Isaza, CM. 2007, p. 77.

⁶² RODRÍGUEZ ORTEGA, Julio Armando. Los derechos fundamentales en Colombia. Bogotá: Editorial Leyer, 1997. p. 35.

estado como entidad, que emanan de la voluntad del constituyente. El papel de los derechos sociales en el ordenamiento y su influencia social-humanística, en la manera que el Estado enfrenta los problemas de desigualdad o discriminación bien podría encajarse dentro del denominado "derecho social"⁶³.

Según Abramovich el "derecho social", citando a Ewald, tiene como rasgos característicos: a) ser un derecho de grupos, se otorgan beneficios solo en la medida que se pertenezca a un grupo. b) ser un derecho de desigualdades que parte de la asimetría en las relaciones, mediadas por la capacidad para convertirse en "instrumento de equiparación, igualación o compensación", y c) haberle legado a una sociología que busca identificar las particularidades de las relaciones sociales, sus causas y su importancia en cada grupo⁶⁴.

Este modelo de derecho social se contraponen al de derecho privado, donde las relaciones sociales se consideran equilibradas, y la capacidad y racionalidad individual determinan la posición social del individuo donde el estado tiene solo la función de estabilizador respecto del marco jurídico y la autonomía de la voluntad es el eje relacional.⁶⁵

⁶³ Toda vez que el análisis realizado se soporta en postulados básicos del derecho social se considera importante precisar la relación entre este y los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho social constituye un sistema con fundamentos y principios que le dan identidad propia, el cual abarca todas las ramas del ordenamiento legal y cuyo principal objetivo es otorgar reconocimiento y protección a diferentes necesidades de la persona, teniendo en cuenta las condiciones particulares de cada individuo, se erige como un derecho protector. Esta nueva concepción ha redefinido la función del derecho en la sociedad, el sistema de fuentes y los métodos de aplicación de las normas. Según Gustav Radbruch: "El derecho social es el resultado de una nueva concepción del hombre por el derecho", las nuevas estructuras jurídicas del derecho social abandonan "la concepción individualista"... que..."se orienta hacia un tipo de hombre egoísta y calculador idealmente aislado y a quien se supone, en abstracto, igual a los demás y viviendo al margen de todo vínculo social". RADBRUCH, Gustav. Introducción a la filosofía del derecho. México: Fondo de Cultura Económica, 1951. Los derechos económicos y sociales son a su vez, una expresión del derecho social que busca garantizar las condiciones materiales para el desarrollo individual y social, independientemente de las situaciones de desigualdad en que se encuentre un individuo en un momento dado, constituyen un medio para lograr unos fines específicos del derecho social otorgando condiciones mínimas referente a aspectos como salud, educación, vivienda, alimentación y seguridad social, entre otros. Los DESEC dan contenido al derecho social y definen en cierto modo su ámbito de competencia y cobertura.

⁶⁴ "Un rasgo común de la regulación jurídica de los ámbitos moldeados a partir del modelo de derecho social es la utilización del poder del estado, con el propósito de equilibrar situaciones de discapacidad, mejores oportunidades a grupos sociales postergados o comprender las diferencias de poder en las relaciones entre particulares... el valor que generalmente se resalta cuando se habla de derechos sociales es la igualdad, en su vertiente material o fáctica". ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Chistian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Editorial Trotta, Madrid, 2002. p. 56.

⁶⁵ *Ibíd.* p. 50.

2. La fuerza normativa de la constitución y los derechos económicos, sociales y culturales

En este acápite se busca demostrar el conflicto que se presenta en relación con la aplicación de los derechos sociales, económicos y culturales, evidenciando las contradicciones entre las teorías que defienden la aplicación directa de toda norma contenida en la carta, y los que reconocen diferentes tipos de preceptos normativos al interior del texto superior, distinción que conlleva resultados directos en relación con su aplicación efectiva.

Para el efecto se parte de los planteamientos del neoconstitucionalismo, esbozando sus características, buscando a través de su análisis, establecer el grado de inserción del derecho colombiano en dicha corriente doctrinal, identificando las dificultades que se presentan para el disfrute universal de los derechos económicos, sociales y culturales.

Así mismo nos detendremos a estudiar la problemática de los derechos de aplicación progresiva en el marco de la constitución actual, partiendo de algunos pronunciamientos de la corte constitucional, para culminar con una breve reflexión sobre la interpretación constitucional. El esquema señalado nos permitirá tener una visión general sobre diferentes temas técnicos-jurídicos y su relación con la efectividad de los derechos sociales, económicos y sociales.

Una vez esbozada la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales en el desarrollo del individuo-persona, es necesario precisar la forma como el ordenamiento jurídico actual avoca la defensa y aplicación de tales derechos.

Estudiar el neoconstitucionalismo, sus características y fundamentos, resulta necesario e indispensable para los efectos del presente trabajo (en lo relacionado con la efectividad de los derechos sociales económicos y culturales en Colombia), debido a que plantea nuevas formas de concebir el sistema jurídico, consagrando, por un lado, otras fuentes del derecho, y por otro, aportando nuevos elementos y formas de análisis para la interpretación constitucional⁶⁶. Hay una ruptura con las posiciones iuspositivistas, la

⁶⁶ "Las fuentes del Derecho han sido flexibilizadas, procurando un derecho menos rígido y anacrónico y con miras a un mundo jurídico más constructivo, flexible y dinámico. En el derecho Constitucional, el cambio, en síntesis, puede resumirse en lo siguiente: hoy en día aparece el juez constitucional, a través de la jurisprudencia, como creador consciente de subreglas constitucionales y no simplemente como aplicador pasivo de los textos superiores." FLÓREZ

Constitución es vista como un cuerpo interrelacionado con existencia propia, sus principios y valores constituyen a su vez punto nodal del sistema y el ropaje que la caracteriza.⁶⁷

Con el surgimiento de lo que conocemos como neoconstitucionalismo se presenta un cambio en la manera como se concibe el derecho constitucional, cambio que se proyecta e irradia a todo el campo jurídico. Este cambio implica a su vez una modificación de las relaciones sistema jurídico-individuo y del modelo de estado de Derecho caracterizado por el reconocimiento de los derechos de libertad y la primacía legislativa en donde la constitución está dirigida básicamente al parlamento. Se avanza al Estado Constitucional de derecho en el que la constitución toma un carácter de actor principal como fuente de Derechos epítome de principios y sistema de valores⁶⁸.

Sin embargo, estas nuevas concepciones doctrinales que se concretan y toman cuerpo en constituciones cuya característica primordial es la consagración de una serie de Derechos de diversa naturaleza, contenido y alcance, no han podido eliminar del todo del Derecho Constitucional los rezagos de las antiguas tradiciones jurídicas que no reconocen el carácter normativo de la Constitución. Los partidarios de esta última posición analizan las normas constitucionales con base en su construcción gramatical, el nivel de concreción del derecho, sus destinatarios y su alcance, distinguiendo normas de aplicación inmediata de las de aplicación progresiva, lo que ha creado la teoría de que no todos los enunciados constitucionales que consagran derechos, en especial los económicos, sociales y culturales, puedan aplicarse directamente. Esto nos lleva ineluctablemente al estudio de la fuerza normativa de la carta y su relación con los derechos económicos, sociales y culturales.

Los neoconstitucionalistas defienden la autonomía de la carta y su validez como instrumento orientador auto-legitimado, otorgan al texto constitucional un carácter omnipresente, que inspira e irradia todo el ordenamiento jurídico, sus valores y principios se incrustan en todos los intersticios del desarrollo social –a través de su aplicación–, sus postulados orientan la gestión de lo público, y dirigen el actuar de los organismos

MUÑOZ, Daniel E. Los desafíos del nuevo derecho y el imperialismo constitucional en Colombia. En: www.razonpracticayasuntospublicos.com.

⁶⁷ "La constitución, su contenido, y no la ley formal en su frío deber ser, pasan a ser el centro de la reflexión jurídica, de la teoría general del Derecho del neoconstitucionalismo". SANTIAGO, Alfonso. Neoconstitucionalismo. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008. Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Buenos Aires. En: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> p. 11.

⁶⁸ Este modelo de Estado concibe la constitución "como una norma que en nombre de ciertos valores, conforma la actividad de todos los sujetos políticamente activos... La Constitución en este sentido encarna un proyecto político, bien articulado, y, por tanto, no se limita a fijar reglas de juego, sino que participa directamente en el mismo, condicionando futuras decisiones, mediante la incorporación de un denso contenido normativo, compuesto de valores, principios, derechos fundamentales y directrices a los poderes públicos" CRUZ M. Luis. Estudios sobre el neoconstitucionalismo. México: Ed. Porrúa, 2006, p. 22.

estatales, protegidos por el juez constitucional⁶⁹. La ley toma un lugar secundario y es sólo el mecanismo de hacer efectivos los derechos fundamentales de la constitución. Se pasa de un legicentrismo a la supremacía de la Carta, la cual establece una serie de prerrogativas a favor de los individuos y de los grupos con características de desventaja social y/o económica, estableciendo mecanismos para hacer efectivas tales prerrogativas de manera directa de acuerdo con sus propios postulados.

Bajo este criterio, Zagrebelsky⁷⁰ afirma que el neoconstitucionalismo ha producido una intensa transformación que involucra tanto la concepción del derecho, como del estado social y de la forma de concebir la ley y de su papel en el desarrollo de los derechos fundamentales. La constitución se convierte en "el centro jurídico por donde pasan todos los hilos del derecho"⁷¹.

Por otra parte, el neoconstitucionalismo defiende la tesis según la cual la Constitución que contiene normas preceptivas debe aplicarse de manera íntegra, a través de la ponderación de sus principios y cuya defensa corresponde a los jueces. Así las cosas la constitución debe aplicarse por encima del formalismo legal⁷², pues constituye, a la vez, el vértice del sistema normativo, y el criterio de validez del mismo.

Esta concepción desborda la teoría Kelseniana relacionada con la validez de la norma fundamental, se abandona el concepto restringido según el cual el contenido de la norma no es el que determina su validez, lo que la legítima es el haber sido elaborada de

⁶⁹ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, El neoconstitucionalismo a debate. Temas de Derecho Público No.78. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales. 2006. Por su parte, Alfonso Santiago señala: "se verifica una omnipresencia constitucional que impregna, satura e invade la totalidad del ordenamiento jurídico. (...) del principio que establecía que los derechos humanos valen en la medida que los reconocían las leyes, se pasa a que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que respetan los contenidos esenciales de los derechos humanos, que también cuentan con las necesarias garantías constitucionales para hacerlos efectivos". SANTIAGO. Op, cit.

⁷⁰ "La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por lo tanto de subordinación a un estrato más alto de derecho establecido por la constitución." ZAGREBELSKY Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Marfa Impresión SL., 2006. p.34.

⁷¹ FERRER MAC-GREGOR. Interpretación constitucional. México: 2005; p. 32.

⁷² Cfr. SERNA BERMÚDEZ, Pedro. Introducción en AA VV. Neoconstitucionalismo y estado de derecho. México: Limusa Noriega Editores, 2006. Así mismo Prieto Sanchís señala: "Hay algo bastante obvio: la crisis de la ley, una crisis que no responde solo a la existencia de una norma superior... la ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho que pretendió ser en otra época". PRIETO SANCHÍS, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 120-121. No obstante, Courtis indica: "El reconocimiento de los derechos sociales se encuentra en la constitución... pero es evidente que entre ese reconocimiento declarativo en instrumentos privilegiados y la realidad, hay una brecha enorme". COURTIS, Christian. En AA VV. Teoría del neoconstitucionalismo ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 190.

acuerdo con las formas establecidas. Sin embargo el neoconstitucionalismo funde, en procura de la realización material del Derecho Constitucional, la validez del orden jurídico con la validez de la propia Constitución, lo cual va más allá de las simples formas. De esta manera se supera el formalismo como fundamento de validez y el contenido concreto del precepto superior toma el puesto "validador", otorgado por Kelsen, a la forma de producción del derecho.

Al estudiar el tema de la aplicación de los derechos sociales, económicos y culturales, Pisarello critica las teorías según las cuales los "derechos sociales no serían derechos fundamentales ni derechos judicialmente exigibles sino simples principios programáticos..."⁷³, para este autor es importante la configuración jurídica de los DESEC, pues en las actuales sociedades, parte de la acción política que los grupos sociales puedan desplegar, radica en la percepción que estos tengan de la realidad, la cual está conformada entre otras cosas por el ordenamiento jurídico y su realización efectiva.

El derecho debe aportar elementos reivindicadores en forma directa, traspasando los límites formales para dar respuestas concretas de manera general y en igualdad de condiciones, la forma jurídica importa en la medida que permita o impida la realización material de los derechos que consagra, la configuración jurídica define en cierta medida el alcance de la garantía, toda vez que ella establece las formas de aplicación del derecho que consagra y las consecuencias de su inobservancia.

El citado autor cuestiona la forma como el estado democrático ha limitado la aplicación de los DESEC (los cuales se han utilizado más como una forma "de control de pobres" que como políticas públicas generalizadas), frente a la amplia protección que ha otorgado a los derechos patrimoniales. Precisa que "la porfiada vigencia entre los operadores jurídicos, de la tesis de los derechos sociales como meros principios rectores o como cláusulas programáticas, o la idea de que los órganos jurisdiccionales nada pueden –ni deben– hacer para garantizarlos, son solo algunas de las pruebas de ese rezago comparativo"⁷⁴.

Por otro lado, en la actualidad la construcción constitucional tiene un fundamento político-social, representa una respuesta concreta a condiciones materiales e ideológicas de una sociedad particular. La constitución se concibe como una norma "pensada", creada conscientemente y si se quiere impuesta por una mayoría, lo cual está muy lejos de la concepción elaborada por Kelsen de la "norma presupuestada". Por ende, la validez de esta norma es definida en su contenido por el pacto político que la genera y porque reivindica la dignidad humana.

La eficacia de la norma se mide hoy por hoy por su capacidad de responder a las necesidades sociales más que por su aceptación formal. Hay así un cambio en la forma de concebir el derecho, "el campo jurídico" debe dar alternativas viables a la sociedad, el

⁷³ PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Colección Estructuras y Procesos. Derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p.16.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 14.

derecho es más que postulados lingüísticos abstractos. Sin embargo por la actual forma de regulación de los derechos económicos, sociales y culturales en la carta de 1991 su garantía y efectividad ha sido restringida, por la omisión legislativa, a unos particulares casos. Ante esto como una forma indirecta de proteger los derechos fundamentales, la Corte Constitucional aplicando la teoría de la conexidad ha garantizado su protección cuando su desconocimiento implique el desconocimiento de un derecho fundamental. En estos casos, no se tiene como criterio de justicia, las razones político-valorativas que inspiran la descripción normativa superior, sino las " condiciones materiales individuales" relativizando el contenido del derecho, lo que ha traído como consecuencia la complejización en su conceptualización y aplicación, despojando al derecho de su papel de simplificador del sistema jurídico.

Para poder abordar el tema de la efectivización de los derechos sociales, económicos y culturales, es necesario situarnos en el marco del neoconstitucionalismo por ser esta la corriente doctrinal-filosófica que pregona la supremacía de la Constitución y su carácter vinculante. El nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo es el que reivindica el contenido normativo de la Constitución, siendo éste el eje de toda la elaboración teórica y filosófica de esta corriente del pensamiento constitucional.⁷⁵ Este sencillo postulado tiene hondas implicaciones en el sistema jurídico y profundas transformaciones en la forma y modo de abordar los principales problemas de la aplicación del derecho como un sistema organizado de normas. Aceptar que la Constitución no sólo consagra normas orgánicas y de control de los poderes establecidos por ella, constituye fornecer para que los derechos reconocidos en su texto llenen todo el ordenamiento, estableciendo una línea de acción al actuar de las autoridades públicas y generando nuevos escenarios de exigencia institucional.

En este orden de ideas el neoconstitucionalismo puede definirse como un proceso histórico según el cual los sistemas jurídicos adoptan transformaciones encaminadas a lograr explicar y aplicar los textos constitucionales en función de los derechos consagrados en la norma superior. Para el efecto se establecen tribunales constitucionales como intérpretes y defensores de las garantías establecidas por los constituyentes, se avanza en la concepción del Estado, se supera la idea de Estado de derecho, se concibe y concreta el Estado Social de Derecho, se cambia el culto al formalismo legal por una concepción holística de los valores y principios supra-legales y

⁷⁵ "Que una constitución es normativa significa que... genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles... y dado que se trata de normas y más concretamente de normas supremas, su eficacia ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata". PRIETO SANCHÍS. Derechos fundamentales...Op.cit. p. 116. A su vez Leonardo García indica: "Los objetivos sociales que se consagran en el Texto ya no sólo son preceptos programáticos sino principios con fuerza normativa que califican la conformidad constitucional de la aplicación de los casos y la resolución de los litigios..." GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?" En: El canon neoconstitucional. VV.AA. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 352.

la interpretación de los derechos se basa en los fines establecidos para el Estado más que en las atribuciones concedidas a los funcionarios e instituciones.⁷⁶

El modelo neoconstitucional supone una visión distinta del Estado y del papel de la Constitución en el ordenamiento jurídico. Parte de que ésta no solo contiene normas sobre distribución de funciones a los órganos estatales y establece controles a sus poderes,⁷⁷ sino que consagra también una multiplicidad de derechos, los cuales constituyen el elemento que justifica, orienta y legitima el aparato estatal⁷⁸. La Constitución deja de ser un texto eminentemente orgánico para transformarse en un verdadero catálogo de derechos.

Esta transformación tiene origen en la nueva visión del ser humano que se adopta, el individuo constituye en sí mismo el fin del ordenamiento social, la dignidad humana se alza a la vez como límite y meta⁷⁹ del actuar social y político. La producción del derecho se realiza en función del ser humano. Los conceptos de moral y justicia se integran como valores y se incrustan en normas del sistema, el criterio de eficacia sobrepasa el aspecto formal de expedición de la norma para situarse en el campo axiológico.

⁷⁶ En palabras de Pedro Torres Estrada: "Con el neoconstitucionalismo cabe hacer referencia a un proceso de transformación de los ordenamientos o sistemas jurídicos... que supone ante todo, una superación en la concepción formal del estado de derecho y su sustitución por un estado de derecho rematerializado a partir de una comprensión de la constitución como orden o sistema de valores que se proyecta sobre el derecho ordinario". TORRES ESTRADA, Pedro. Neoconstitucionalismo y estado de derecho. México, D.F.: Noriega Editores, 2006, p. 213.

⁷⁷ "Lo que hoy denominamos neoconstitucionalismo se encuentra asociado permanentemente al surgimiento de un conjunto de textos que surgen luego de la segunda guerra mundial... que contienen un conjunto de normas que ya no se limitan a determinar la estructura del estado y las competencias de los poderes, sino a establecer pautas de carácter sustantivos (SIC) que instituyen fines y valores (derechos fundamentales) que condicionan, y en ocasiones, limitan el ejercicio del poder al interior del estado." CARRILLO DE LA ROSA, Yesid. Teoría y filosofía del derecho. En: Saber Ciencia y Libertad. Revista del Centro de Investigaciones de la Universidad Libre, Cartagena, vol. 5 No.1 (ene-jul. 2010).

⁷⁸ "De la constitución considerada fundamentalmente como una carta política dirigida básicamente al parlamento, se pasa a su consideración como norma jurídica suprema, y de aplicación directa dirigida fundamentalmente a los tribunales". SANTIAGO, Op.cit.

⁷⁹ "Además, entonces de imponer límites al legislador respecto a los mecanismos para tramitar sus propias reformas... y para producir leyes, las constituciones contemporáneas amplían a tal grado las exigencias a todos los poderes públicos que Josep Aguiló ha dicho acertadamente que en el neoconstitucionalismo se asiste a un tránsito de la Constitución como límite al orden jurídico hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales". GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Constitución como provisión e irradiación constitucional sobre el concepto de Neoconstitucionalismo. Estudios de derecho. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. No. 146. 2008.

En este sentido las normas constitucionales se convierten en el fundamento de todo el sistema jurídico⁸⁰. Su contenido y aplicación está encaminado a garantizar los derechos que ellas consagran⁸¹, hay una transformación metodológica en relación con la forma de interpretar el derecho.⁸²

Con la expedición de nuevas constituciones a partir de la década de los setenta y la amplia consagración de derechos, las tesis neoconstitucionalistas han tomado fuerza y hoy dominan el mundo del derecho constitucional en buena parte del globo. Esta nueva corriente constitucional trae aparejadas transformaciones al interior del sistema jurídico, relacionadas con los fundamentos de validez de las normas, su coherencia interna, la coherencia vertical del sistema y el abandono del método lógico deductivo como la piedra angular del sistema de interpretación del derecho.

En este punto conviene relacionar las principales características del neoconstitucionalismo, lo cual permite captar de manera global el sentido y alcance del cambio propuesto por el "nuevo derecho" que se identifica por:

a) Un orden valorativo del derecho, que se fundamenta en la realización de los derechos constitucionales y que se proyecta sobre todo el sistema jurídico. Los derechos constitucionales sirven de criterio de definición legal y de interpretación, el sistema jurídico se instaura y desarrolla como un medio de protección de los derechos consagrados en la carta en particular y de los derechos humanos en general.

b) Una jurisdicción que garantiza el cumplimiento de los principios constitucionales. El papel de los jueces no se limita a la revisión de la constitucionalidad de las normas legales, sino que interpreta y aplica los postulados de la Carta. Hay una mayor participación de la jurisdicción en el logro de los fines y valores definidos por el constituyente.⁸³

⁸⁰ "Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza así por poseer una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, **la acción de los actores políticos**, así como las relaciones sociales". (énfasis nuestro). CRUZ. Op.cit, p. 2.

⁸¹ "La necesidad de elevar a rango constitucional los principios y valores que comportan tales garantías, condujeron a la transformación de un modelo de Estado con un sistema político administrativo mucho más complejo que su antecesor." GARCÍA JARAMILLO. Op.cit., 2008.

⁸² "...El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir a partir de los años setenta del siglo XX, y los cuales se destacan entre otros aspectos, por la inclusión de amplios catálogos de Derechos fundamentales y la creación de instituciones como los tribunales constitucionales, encargados de vigilar la correspondencia de las leyes con la norma superior y, fundamentalmente, de propugnar la garantía y realización de los referidos catálogos de derechos." GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. El nuevo derecho en Colombia. Revista de Derecho. Universidad del Norte. No. 29, Barranquilla (2008); p. 297.

⁸³ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p.83.

c) La Constitución goza de fuerza vinculante incluyendo la aplicación directa de sus principios. Se acepta que las normas tienen fuerza normativa por lo que sus mandatos pueden aplicarse sin la intervención del legislador. Tanto la parte orgánica como la dogmática constituyen criterio de operatividad material para el ordenamiento social y político.

d) La prescripción normativa constitucional es objeto de interpretación con base en principios, superando las limitaciones lingüísticas de su construcción. La interpretación de los textos constitucionales va más allá de su tenor literal, el sentido de la norma se extrae de la aplicación de los principios contenidos en ella.

e) Hay una nueva y más fuerte materialización constitucional que alcanza amplios desarrollos en diferentes ramas del Derecho. La Constitución no sólo prescribe la forma y el órgano encargado de producir las leyes, sino que también limita el contenido de dichas normas, amén de extender sus efectos a temas tradicionalmente sometidos únicamente a la ley.

f) Se produce una inmersión de la Constitución dentro del ordenamiento con su prerrogativa supralegal. Toda institución jurídica se soporta en la satisfacción de los derechos constitucionales, no existen "legislaciones paralelas", estas se convierten en el medio que se utiliza para aplicar o concretar los roles de la Constitución.

g) Los principios predominan sobre las reglas. Se busca el alcance del fin propuesto por el texto superior, la norma en este sentido puede ser incluso accesorio.

h) Omnipotencia judicial. Toda situación que amenace o perturbe el desarrollo de un derecho constitucional puede ser sometida a la decisión judicial, independientemente del obligado a respetar tal garantía y del origen de la violación⁸⁴.

i) Coexistencia de valores que superan antinomias formales entre valores y prescripciones normativas. Los ámbitos de cobertura de los valores constitucionales pueden limitar ocasionalmente la aplicación de otros valores, circunstancia que implica una definición práctica de su extensión bajo nuevas formas interpretativas.

j) Una Constitución rígida, protegida y garantizada. La creación de tribunales constitucionales garantiza el respeto a la norma y el logro de los fines que ella consagra. A este respecto podríamos decir que su labor consiste en evitar violaciones legales de su texto y lograr su aplicación efectiva.

k) Sobreinterpretación de la Constitución. No hay aspecto relacionado con el devenir social e incluso político que no esté en su actividad regulado por la norma superior.

l) Armonía formal y finalista de las leyes con el texto constitucional. La Carta se reconoce como la norma suprema, ninguna ley inferior puede desconocer los límites que el

⁸⁴Cf. SANTIAGO. Op.cit.

constituyente le otorga, siendo el postulado constitucional el "criterio de cierre" de las interpretaciones y alcances normativos.⁸⁵

En suma, la imposición de los nuevos paradigmas tiene su fundamento en tres elementos, a saber: i) expedición de una Constitución nueva, ii) una nueva práctica jurisprudencial fundamentada en la aplicación de los derechos humanos y iii) nuevos desarrollos teóricos basados en el reconocimiento de la dignidad humana, idea que sobrepasa el ámbito restringido de las libertades liberales. Los desarrollos teóricos modernos extienden el alcance de los roles constitucionales a todas las ramas del derecho⁸⁶, superando de esta manera criterios privatizadores excluyentes y logrando que el sistema jurídico en sus diferentes ramas respete y acate los principios superiores. La forma de creación y producción del derecho tiene su centro en la garantía de los derechos humanos tomando para el efecto las formas y la racionalidad propias de la constitución. Sin desconocer el ámbito concreto de cada especialidad, el derecho constitucional irradia todo el sistema.⁸⁷

La nueva institucionalidad con la Corte Constitucional a la cabeza ha permitido avances sustanciales en relación con la aplicación de los derechos fundamentales. El sistema judicial ha tomado mayor importancia en la concreción de los valores constitucionales. Es así como la Corte constitucional ha protegido en muy diversas oportunidades diferentes tipos de derechos utilizando criterios como la ponderación y la aplicación de principios, logrando proyectar el texto de la constitución como instrumento de realización de su propio contenido. Este esfuerzo jurisprudencial ha estado soportado en el concepto de dignidad humana, el cual ha logrado sublimar el significado de varios textos constitucionales para construir un espacio, muchas veces difuso, en el cual la

⁸⁵ Cfr. CRUZ. Op.cit. p. 2 a 4; MORA RESTREPO, Gabriel. Neoconstitucionalismo y razonabilidad práctica. Dikalon. 2009; PRIETO SANCHÍS. Derechos fundamentales... Op.cit. p. 119 y ss; BERNAL PULIDO. Op.cit. 2006, p. 16 y 17, GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. El nuevo derecho en Colombia. 2008, p. 298, ss. Los textos más reconocidos sobre neoconstitucionalismo incorporan como características de esta corriente del constitucionalismo algunas de las señaladas tales como: I. constitución garantizada. II. La constitución es omnipresente. III. Fuerza material de la constitución. IV. Sobreinterpretación de la constitución. V. la constitución establece una regulación principalista. Sin embargo se han esquematizado e incorporado en este trabajo algunos rasgos que surgen del análisis sistémico realizado y que son comunes a esta línea de pensamiento.

⁸⁶ "El derecho constitucional es más que un simple referente, constituye todo un marco dentro del cual la totalidad de las disciplinas jurídicas deben encontrar sus raíces si pretenden seguir conservando su rótulo... La constitucionalización del derecho, el desarrollo de la jurisprudencia constitucional y las competencias de los tribunales constitucionales han llevado al derecho constitucional contemporáneo a configurarse como derecho por antonomasia." Flórez Muñoz, Daniel E. Los desafíos del nuevo derecho y el imperialismo constitucional en Colombia. www.razonpracticayasuntospublicos.com p. 5.

⁸⁷ Cfr. FLÓREZ MUÑOZ. Op.cit. P. 4; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. El nuevo derecho en Colombia: ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente? 2008. p. 292

interpretación sobrepasa el texto mismo y la sentencia se fundamenta en la deontología social que inspira la Carta.⁸⁸

El derecho colombiano estaría inmerso en la corriente neoconstitucional, en su interior se pueden reconocer fácilmente los elementos que soportan la construcción del nuevo pensamiento constitucional: expedición de una nueva carta que consagra tanto su supremacía⁸⁹ como una amplia gama de derechos, una nueva práctica judicial basada en el respeto a los derechos humanos de acuerdo con un orden valorativo determinado a raíz del precepto normativo superior y nuevos desarrollos teóricos-doctrinales, inspirados en el respeto de la dignidad humana.⁹⁰

Sin embargo, la sola presencia de estos elementos no significa que todo sistema jurídico que los posea como soporte estructural se encuentre en el mismo "nivel de constitucionalización". Por tanto debe tenerse en cuenta sus propias particularidades y el desarrollo que cada elemento alcance de acuerdo con las condiciones políticas y sociales.⁹¹

⁸⁸ "El neoconstitucionalismo tiene un carácter parcial respecto al constitucionalismo visto como totalidad: le interesa especialmente una parte de la problemática constitucional, la relacionada con la protección de los derechos humanos. En cambio no presta mayor atención a la organización estatal, a la denominada "parte programática". ... "El nuevo derecho tiene un carácter marcadamente garantizador y garantista de los derechos constitucionales" Santiago, Alfonso. *Ibíd.*

⁸⁹ El artículo 4 establece de manera precisa que: "La Constitución es norma de normas", sus disposiciones se acatarán de preferencia sobre cualquier otra norma.

⁹⁰ Cfr. GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. La constitución como provisión e irradiación constitucional, y, del mismo autor, El nuevo derecho en Colombia, *Revista de Derecho. Universidad del Norte* No. 29 Barranquilla (2008); p. 292 y ss. Por su parte Noguera-Fernández y Criado de Diego, señalan en su artículo "La constitución colombiana de 1991 como punto de inicio al nuevo constitucionalismo en América Latina", que la constitución colombiana del 91 se establece como el primer paso en la creación de un nuevo constitucionalismo al incorporar en su texto una amplia lista de derechos y garantías y otorgando nuevos poderes a los ciudadanos, factores que se establecen entre otros como "rasgos novedosos y diferenciados con respecto al constitucionalismo clásico, que más tarde impregnaran y serán desarrollados" por otros procesos constituyentes. NOGUERA-FERNÁNDEZ, Albert; CRIADO DE DIEGO, Marcos. "La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio al nuevo constitucionalismo en América Latina". *Revista Estudios Socio Jurídicos, Universidad del Rosario*, vol.13, No. 1. 2011. p. 17 y ss.

⁹¹ "En lugar de hacer referencia, entonces, al neoconstitucionalismo en Colombia como una teoría monolítica, sistémica y perfectamente delineada, podría sustentarse la existencia de variopintas, escuelas y doctrinas que, desde diversas perspectivas y provenientes de distintas tradiciones y países, dan cuenta de agendas propias de estudios e investigación... de entrada se reconoce la existencia de varios tipos, clases y gradaciones del fenómeno neoconstitucionalista". "El neoconstitucionalismo... puede entenderse más adecuadamente como una especie de mosaico de concepciones teóricas del orden constitucional...". GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, CARBONELL Miguel (Ed.) en AA.VV. *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010; pp. 364 y 365.

Por otro lado, debe señalarse que las tesis neoconstitucionalistas despiertan inquietudes en algunos estamentos que conforman el ámbito de discusión y práctica del derecho, generando corrosivas críticas las cuales ponen en duda "los beneficios" que al desarrollo del derecho aporta el neoconstitucionalismo. El siguiente es un resumen de las principales críticas:

a) Aceptar que todo el derecho está en la Constitución, resulta simplista pues aquella, debe ser sólo un elemento orientador del devenir jurídico. La función de la Constitución no sobrepasa la consagración del derecho, debe ser el pilar de la seguridad jurídica con normas claras que organicen la estructura estatal. El derecho emana de normas concretas más que de la interpretación de principios y valores, interpretación cuyo contenido y alcance transfigura el orden jurídico de normas, al imperio de las sentencias.

Según esta crítica el derecho constitucional invade y desconoce las particularidades de cada rama del derecho bajo el pretexto de la garantía de los derechos humanos, lo que desnaturaliza en cierta medida instituciones que con mecanismos y principios propios buscan garantizar el desarrollo de los derechos de los ciudadanos, respecto de relaciones que no involucran la ecuación individuo-estado. El derecho no se agota con el derecho constitucional, puesto que éste constituye solo el marco dentro del cual se estructura autónomamente la ley. Acudir a la interpretación constitucional para resolver cualquier conflicto, menoscaba y arrincona a otras normas, pues no toda solución jurídica se encuentra en la Constitución.

b) Librar todo derecho a la interpretación que de la carta realicen los jueces trae aparejada una inseguridad jurídica que, de suyo, atenta contra la propia norma superior. La seguridad jurídica que emana de normas claras y en el peor de los casos de subreglas es reemplazada por la aplicación de principios cuyo ámbito es definido por el operador judicial. Esta circunstancia, relativiza el contenido normativo del derecho en pos de alcanzar la aplicación de valores cuya delimitación está influida, en últimas, por los criterios del juez.

c) El derecho pierde autonomía en la medida en que su lectura, interpretación y aplicación corresponde a una posición moral que se constituye en el fiel de justicia y equidad. Toda interpretación tiene una pretensión de identificar la norma con "lo justo", la moral se confunde con el derecho, y este se convierte en una forma de aplicación de la moral social, la que a su vez se constituye en una norma de obligatorio cumplimiento, relativizando el contenido del derecho y elevando a categoría normativa principios eminentemente valorativos.

d) El poder judicial se fortalece en desmedro del legislativo, lo que lleva consigo un desconocimiento del principio democrático, el legislador que representa al pueblo es desplazado por los jueces, cuya forma de elección no corresponde a un modelo democrático.⁹²

⁹² Jaime Arrubla Paucar, en su trabajo de posesión como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, presentado el 26 de marzo de 2009 señala al respecto: "compartimos muchas de las tesis neoconstitucionalistas y somos partidarios del proceso de constitucionalización del derecho en general pero no podemos dejar de advertir algunos

Así las cosas, en el caso colombiano, no hay unanimidad en relación con la aceptación del planteamiento central del neoconstitucionalismo según el cual la Constitución tiene fuerza material y su aplicación desplaza la actividad legislativa, posición que se ve claramente reflejada en el tratamiento dado a los derechos económicos, sociales y culturales,⁹³ se sigue reclamando la intervención del legislador quien tiene dentro de sus competencias la de elegir la forma y oportunidad en que se concretarán⁹⁴, se admite la supremacía constitucional pero a la vez se reconoce la existencia de derechos (los DESEC), que para su disfrute no basta la sola consagración en la carta.

peligros... de este proceso" los cuales podemos resumir así: i) Con la sobreinterpretación de la constitución, se pretende que en ella estén todas las soluciones jurídicas sin dejar lugar para la aplicación de otras normas. ii) con el debilitamiento del poder legislativo y de la ley el cual surge de "una constitución cargada de valores indeterminados" se corre el riesgo de desbalancear el equilibrio de poderes a favor del tribunal constitucional. iii) Debilitamiento de la democracia. El poder legislativo se conforma con la intervención directa de la población, en cambio el poder judicial es menos democrático, por cuanto su elección no deviene directamente del pueblo. iv) Existe un nuevo iuspositivismo ideológico constitucional. El neoconstitucionalismo adopta la posición iuspositivista tradicional (en este caso en relación con el constituyente), todo lo dicho por este se considera, "coherente, justo, útil, completo." v) La desnormalización del derecho... "tanto entusiasmo y devoción por los principios, puede conllevar a arrinconar las normas" lo que se aúna al proceso de descodificación circunstancia que nos puede llevar al particularismo jurídico desconociendo el derecho "de conocer en forma clara y precisa" el derecho imperante. vi) La hipermoralización del derecho. Leer la constitución bajo una óptica moral puede suponer que esta rebase a aquél. vii) Pérdida de la fuerza jurídica. La cual es desplazada por el principio de equidad, "se confía en la razón justa del legislador por encima de la seguridad jurídica". viii) La absorción por el derecho de toda la ética social. Se entroniza como ética social la consagrada por la constitución desconociendo las demás. ix) El poder judicial como poder administrador. El poder ejecutivo, (como el legislador), se ve interferido por "las decisiones constitucionales que modifican presupuestos, ordenan obras, infraestructura y coberturas a veces imposibles de atender". ARRUBLA PAUCAR, Jaime. La independencia judicial y el neoconstitucionalismo.. Bogotá (26 de marzo de 2009). En: http://www.acj.org.co/o/activ_acad.php?mod=posesion%20arrubla%20paucar p. 9-13.

⁹³Al respecto el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, en salvamento de voto dentro de la sentencia T-535 de 1999 indica: "La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado"... "su goce no es posible sin que previamente se hayan definido varios aspectos como las entidades encargadas de ofrecer los servicios, la manera en que se financian y las condiciones de acceso."

⁹⁴ "La mayoría de los "derechos sociales" por su carácter eminentemente prestacional implican erogaciones a cargo del Estado, las cuales dependen de decisiones políticas. Po (sic) tal motivo se sostiene"... "que los enunciados constitucionales que recogen tales derechos no pueden ser objeto de decisiones judiciales hasta tanto el congreso no haya expedido la legislación necesaria para aplicarlos; de lo contrario se dice que el juez está ocupando terrenos que no le corresponden de acuerdo con la doctrina de la separación de poderes". Trabajo de Juan Bautista Parada Caicedo para posesionarse como miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. www.acj.org.co

A este respecto debe aclararse que los defensores de dicha teoría realizan una distinción que resulta inaceptable, toda vez que señalan que los derechos políticos y de libertad tienen proyección y garantía plena, acogiendo para este tipo de derechos los criterios de los valores o principios constitucionales, los cuales se reconocen como el centro del actuar estatal, valores y principios que sirven para interpretar y lograr una plena realización de derechos como la libertad de expresión, derecho a la participación política, autonomía personal, entre otros.⁹⁵ Por el contrario, cuando se trata de los derechos económicos, sociales y culturales, el planteamiento es morigerado debido a que consideran que tales derechos constitucionales están expresados en la carta más como fines estatales que como derechos propiamente dichos.⁹⁶

Ahora bien, debe aceptarse que las constituciones actuales están integradas por una serie de normas con estructuras y efectos diversos. Algunas regulan diferentes aspectos de la administración pública y establecen el marco general dentro del cual desarrollan sus funciones los entes estatales, otras por el contrario, hacen relación a derechos cuya amplitud y forma de aplicación depende de la estructuración y forma del precepto que lo consagra.⁹⁷ Esta realidad ha generado diversos análisis y clasificaciones de los tipos de normas constitucionales, clasificaciones que soportan el tratamiento político de diversos temas constitucionales. Sin embargo para los propósitos de este trabajo resulta importante destacar que tradicionalmente los derechos constitucionales se han dividido de acuerdo con la forma de consagración en el texto superior en derechos de aplicación inmediata y derechos de aplicación progresiva, distinción que a simple vista puede resultar elemental, pero que sirve de soporte para realizar un análisis con respecto a la

⁹⁵ "En este sentido, la visión tradicional de los derechos humanos los limita a su dimensión civil y política. Se incluyen, en esta perspectiva, el derecho a la vida, libertad y seguridad; el derecho a no ser discriminado debido a la raza, color, sexo, lenguaje, religión, clases social (Sic) u opinión política; el derecho a votar, la libertad de expresión y la libertad de prensa; el derecho a no sufrir una invasión arbitraria a la privacidad, familia u hogar y los derechos legales como el derecho a un debido proceso y la presunción de inocencia hasta que se demuestre la culpabilidad". ORDÓÑEZ, Jaime. Los derechos fundamentales como referente del paradigma de ciudadanía civil y de la definición de la frontera de exclusión social. En: www.flacsoandes.org/biblio/catalog/resGet.php?resId=20931 p. 94.

⁹⁶ Conforme a este planteamiento los derechos económicos, sociales y culturales expresan un anhelo en cuyo cumplimiento está interesado el constituyente y que orienta la actividad de los poderes públicos sin que constituyan por sí mismo un derecho, no establecen un responsable estatal, ni las consecuencias jurídicas de su desconocimiento, amén de que dejan librada a la iniciativa (política) del gobernante la forma, el modo y la época como debe satisfacerse. Si bien toda interpretación jurídica debe tener su origen en la constitución, tal concepción no basta para una aplicación generalizada de los propios principios de la carta, aquí la influencia de la norma superior se orienta a dar contenido a una norma infraconstitucional, reclamando la concreción del principio a través de la aplicación de la ley, sin embargo ante la falta absoluta de norma, el principio puede tornarse inaplicable.

⁹⁷ Para mayor ilustración del tema ver el trabajo denominado Clasificación de las normas constitucionales. CASTILLO PATIÑO, Iván en: <http://www.revistajuridicaonline.com>

aplicación universal de los derechos económicos, sociales y culturales. Este planteamiento choca de frente con la idea ya esbozada de la fuerza normativa de la constitución, pero pone de presente una realidad incontrovertible, que afecta la vigencia plena e inmediata de la carta. Por esta razón a continuación nos referiremos brevemente a los derechos de aplicación progresiva.

2.1 Derechos de aplicación progresiva y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales

Los derechos de aplicación progresiva⁹⁸ se establecen en contraposición a los de aplicación inmediata, distinción que tiene profundas repercusiones en relación con la posibilidad de su exigencia.

La constitución colombiana establece en su artículo 85 que son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos del 11 al 31 y los establecidos en los artículos 33, 34, 37 y 40, dentro de los cuales no se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales. Con respecto a los derechos enunciados en el mencionado artículo, podemos decir que son aquellos a los que la misma carta les otorga la posibilidad de exigir su cumplimiento sin que para ello se haga necesaria la intermediación de la legislación, es decir no requieren de ningún tipo de reglamentación del legislativo y mucho menos de autoridad administrativa alguna; por lo tanto son exigibles en forma directa sin condicionamiento para su efectividad.

Los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran dentro de la categoría de derechos de aplicación progresiva⁹⁹, puesto que en la mayoría de los casos requieren

⁹⁸ También llamados derechos de prestación, que: "... se refieren principalmente a los derechos de acción positiva del Estado (a un hacer estatal), ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis Editores, 2005. p. 34. Este tipo de derechos, han sido objeto de múltiples análisis y clasificaciones, para algunos no están incluidos dentro de los derechos fundamentales (y por lo tanto no son objeto de la acción de tutela), para la Corte pueden ser protegidos mediante la tutela siempre que exista conexidad con un derecho fundamental. Sea cual sea la denominación que se adopte, la controversia surge en relación con la posibilidad de exigirlos de manera directa. Varios autores como Arango han planteado diversas teorías que pretenden demostrar, que si es posible bajo las actuales condiciones jurídicas y con base en los desarrollos jurisprudenciales reclamar su protección por la vía judicial. Por otro lado, y respecto de la exigibilidad inmediata, de acuerdo con lo expresado por Pedro Pablo Camargo en su obra Derecho Constitucional, el artículo 22 de la declaración universal de los derechos humanos al señalar que "toda persona como miembro de la sociedad, tiene el derecho a la seguridad social, y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y de los recursos de cada estado la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales" (subrayados nuestros) ... "entronizó la teoría de la "realización progresiva" de los derechos económicos sociales y culturales... Precisamente esta teoría ha sido utilizada por la mayor parte de los estados del Tercer Mundo, como Colombia, para no avanzar en el reconocimiento y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, contenidos como normas programáticas tan sólo en las constituciones de los países en proceso de desarrollo". CAMARGO, Pedro Pablo. Derecho Constitucional. Bogotá: Editorial Lerner, 2009. p. 542.

para su realización concreta de un avance tanto en las condiciones económicas del estado, como de desarrollo legislativo, el cual solo podrá presentarse una vez se logre el soporte material para ello.¹⁰⁰ Así las cosas, se consideran derechos de aplicación progresiva los que están formulados en el texto superior como fines que deben ser alcanzados por el ordenamiento. Constituyen un horizonte deontológico, cuya realización completa no se logra de manera inmediata, en tanto que es necesario que estén dadas las condiciones requeridas para su realización universal. Por lo tanto será el legislador quien en ejercicio de las facultades otorgadas y en desarrollo de su poder de configuración determine la manera y la forma de su aplicación. En palabras de la Corte Constitucional "Los derechos constitucionales de prestación le otorgan un amplio margen de discrecionalidad a la ley para que los desarrolle, lo que debe interpretarse sin desmedro del carácter normativo de tales preceptos"¹⁰¹.

⁹⁹ Resulta oportuno indicar aquí que la Corte al analizar la obligación de la realización progresiva de los DESEC, distingue, entre aquellos cuyo cumplimiento no implica una prestación por parte del Estado, de aquellos cuya esencia está constituida por dicha prestación, al respecto precisa: "conviene tener en cuenta que no es totalmente correcto considerar que todos los derechos sociales implican prestaciones positivas del Estado, y que todos los derechos civiles y políticos únicamente generan deberes estatales de abstención.... muchos derechos considerados sociales no implican una prestación sino un deber de respeto de parte de las autoridades, similar al que opera en el campo de los derechos civiles. Así sucede por ejemplo con el derecho de sindicalización de los trabajadores, que implica que el Estado debe abstenerse de interferir en el goce de este derecho. En estos eventos, es claro que esos derechos sociales, o ese componente de los derechos sociales, no es de realización progresiva sino de aplicación inmediata". Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 251 de 1997.

¹⁰⁰ La Corte Constitucional colombiana distingue entre derechos de aplicación inmediata y derechos fundamentales, al respecto anota, sin llegar a definir de manera específica cada tipo de derecho: "Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. Para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo: 1) Conexión directa con los principios constitucionales; 2) Eficacia directa y 3) Contenido esencial... "El carácter de fundamental no coincide con el de aplicación inmediata. Siendo así, es necesario distinguir entre derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata. Ante esta dificultad, corresponde a la jurisprudencia, y en especial a la Corte Constitucional, la definición de la naturaleza y alcance de los derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata". Sentencia T-406 de 1992. Por su parte la sentencia T-329 de 1993 señala: " Pero el reconocimiento de la condición de derecho fundamental no conlleva necesariamente la cualidad de derecho de aplicación inmediata, esto es, aquéllos que no requieren de desarrollo legal o de realización material progresiva para poder exigirse su efectividad. La exigibilidad de un derecho fundamental que no es de aplicación inmediata se condiciona a la creación y mantenimiento de las condiciones necesarias para garantizar la efectividad del derecho".

¹⁰¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-597 de 1993.

Esa formulación general en la que se deja abierta la manera como el Estado puede lograr el fin propuesto, es la que en muchas ocasiones impide su exigibilidad, toda vez que existen diferentes fórmulas y herramientas para su logro. Según este punto de vista, la carta no establece una forma específica para lograr su cumplimiento, entrando en juego de esta manera posiciones políticas en relación con la aplicación de derechos, tales como los derechos económicos, sociales y culturales. El contenido normativo del precepto constitucional se subordina a criterios políticos, tanto en la extensión de la garantía como en la forma de satisfacerla, las condiciones materiales que busca proteger deben ser reconocidas por el ordenamiento, lo que indica que la norma legislada debe identificar las condiciones fácticas que permitan la operatividad del precepto superior y definir cómo y en qué grado garantiza su efectividad.

Su contenido jurídico sufre una transformación que supera lo meramente normativo para situarse en el ámbito de la política, las realidades sociales que inspiran los preceptos legales deben atravesar el ámbito jurídico para lograr su reconocimiento estatal, su reivindicación política (el derecho se convierte en instrumento de reconocimiento formal, los fenómenos sociales se hacen visibles para el régimen jurídico a través de su inclusión en los cuerpos normativos, lo que no significa que su existencia material esté subordinada a tal reconocimiento)

En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales en particular y de la constitución en general se requiere que (el sistema) sea un instrumento de realización de los fines de la norma y de los destinatarios de la misma, al respecto poco importa que su garantía dependa de la creación original o de la auto-producción a través de la ley.

Dentro de este marco descriptivo podemos afirmar que los derechos de aplicación progresiva, también denominados derechos de prestación, tienen plena eficacia jurídica. Sin embargo traen aparejada una condición para su ejercicio en el tiempo, su formulación constitucional impide a la luz de la concepción tradicional del derecho, su concreción efectiva con la sola inclusión en dicho texto. Esto significa ni más ni menos que solo pueden cumplirse de manera gradual, es decir de manera progresiva, en la medida que el desarrollo legislativo cree las condiciones jurídico.-materiales para ello.

Remover todas las estructuras y soportes ideológico-jurídicos que constituyeron el basamento del sistema legicentrista formal, no es tarea fácil, no sólo porque es necesario idear nuevas formas (ritos de aplicación y criterios de interpretación) sino crear nuevos criterios de validez y aprobación social. Sin embargo el derecho concentra su desarrollo en criterios y conceptos soportados en textos legales, circunstancia que en última instancia resulta definitiva al momento de lograr la realización efectiva del derecho como elemento de cohesión social y expresión de la voluntad política de un pueblo.

Aceptar que para la aplicación de los DESEC es necesaria la intervención del legislativo es someter el problema del desarrollo humano integral a los límites del procedimiento, que si bien busca legitimar las decisiones políticas, resta fuerza moral al ordenamiento normativo, pero a su vez dicha intervención se convierte en el mecanismo que permite efectivizar el contenido del texto constitucional, estableciendo el marco para identificar las condiciones que permiten exigir la protección de la garantía constitucional y los agentes estatales obligados a ello.

Ahora bien, ¿cómo debe entenderse la omisión legislativa en el desarrollo del sistema jurídico el cual busca garantizar su propia reproducción y permanencia? En este caso el legislador no se ha pronunciado, lo que impide nuevos desarrollos que permitan la aplicabilidad del derecho, omisión que conlleva necesariamente al sistema Constitucional a establecer alternativas de interpretación, participación y desarrollo legislativo para viabilizar la imagen del precepto atrapada en la tenaza de una mayoría sistémica pero indolente.

Los derechos económicos, sociales y culturales y su aplicación traspasan el ámbito de lo meramente orgánico, tienen su fundamento en el ser humano, toda su fuerza emana de la búsqueda de la dignidad del hombre y el sistema jurídico debe responder a ese único imperativo, más allá de las formas y las interrelaciones que le sean propias.

Teubner¹⁰², por su parte, sobrepasa la idea de validez de la norma como parte del sistema y se concentra en la validez del sistema mismo, validez que entiende como la capacidad de dar respuesta a diversas influencias del medio ambiente. Este planteamiento aborda la producción del derecho como un elemento que permite su permanencia y desarrollo. Desde esta perspectiva el sistema jurídico tiene múltiples funciones que van más allá de su reproducción, su desarrollo se fundamenta no en lograr su expansión formal, sino en el reconocimiento del entorno social con sus particularidades.

El Derecho Constitucional es el reflejo de posiciones y conceptos con diferentes orígenes e ideologías, su creación obedece a intereses diversos, que a su vez tienen diferente capacidad de influir en él, construyendo un sistema que podríamos denominar "multiforme", pero una vez creado. ¿Cuál es su capacidad de reaccionar a nuevas posturas o hacer cumplir los propios postulados?, esta pregunta supone un análisis inter-sistémico relacional entre sociedad y derecho constitucional como elementos de un sistema mayor, el cuerpo social.

Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, es claro que el sistema constitucional quiso reconocerlos y darles entidad propia, pero el mismo sistema no ha podido sobrepasar el modelo de reproducción basado únicamente en la relación interés-demandas. Su condición de "derechos de aplicación progresiva", pone en evidencia esta afirmación, los elementos formales intra-sistémicos del Derecho Constitucional no han tenido una respuesta directa a la problemática de la aplicación y concreción por igual de todos los derechos constitucionales, creando a mi modo de ver, una ruptura en el círculo de los derechos consagrados por la Carta estableciendo de hecho niveles de exigibilidad más que elementos de un sistema uniforme.

Bien puede afirmarse que para el caso de los DESEC, el sistema jurídico se auto-reproduce, más como un reflejo mecánico que busca mantener su funcionamiento que como el resultado de un querer ético y pensando. En la práctica la "hipótesis de un sistema jurídico-auto-reproductor no excluye las determinaciones del orden social... sino

¹⁰² TEUBNER, Gunther. El Derecho, un sistema autopoiético. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

que las presupone"¹⁰³, pero tal valoración queda sometida al querer político del legislador que la desvirtúa o la soslaya en los subterfugios formales. La falta de reglamentación sobre los derechos sociales, económicos y culturales es un buen ejemplo de esta práctica, toda vez que la consagración de los mismos a través de las cláusulas programáticas no es suficiente para su garantía generalizada, llegando así a una aporía, los derechos económicos, sociales y culturales son parte del sistema, pero este, no permite su aplicación general.

Esta ruptura entre la formulación y la aplicación efectiva de los DESEC en Colombia evidencia rasgos característicos de la sociedad, formalmente está organizada como República unitaria¹⁰⁴ en donde la organización política está instituida para "garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la constitución"¹⁰⁵. Sin embargo coexisten diferentes categorías de derechos, con diversos grados de exigibilidad, y una igualdad formal, no sustancial, que limita la solidaridad y cooperación entre ciudadanos.

2.2 La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

La justiciabilidad de los DESEC toma importancia capital, pues en ella radica la posibilidad de que tales derechos puedan hacerse exigibles, es decir establecer si se cuenta con un mecanismo idóneo para su aplicación, aquí la discusión se centra en la posibilidad material que tiene el titular de solicitar al aparato judicial el cumplimiento de las obligaciones a cargo del estado que tales derechos implican. Este ángulo de análisis conlleva la necesidad de abordar el tema de la definición del contenido del derecho en los textos que lo consagran, –constituciones y tratados internacionales– como una forma de establecer si es posible su exigencia por mecanismos judiciales.

Cuando analiza la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales la Corte Constitucional, aclara que "es más razonable pensar que el constituyente quiso otorgarle verdadero carácter normativo a los textos del capítulo segundo título segundo, entregándole al legislador la prerrogativa de discrecionalidad política en la materia pero facultando al juez para ejercer dicha discrecionalidad, limitada a casos concretos, en ausencia de ley".¹⁰⁶ Con dicha posición queda claro que para la Corte la protección a través de la tutela de este tipo de derechos es residual, lo que limita de manera drástica su aplicación, despojando a la mayoría de este mecanismo de protección, pues según el fallo sólo podrá protegerse estos derechos cuando su desconocimiento implique la

¹⁰³ *Ibíd*, p. 11.

¹⁰⁴ Constitución Política de Colombia, art. 1.

¹⁰⁵ *Ibíd*. art. 2.

¹⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia T 406 de 1992.

afectación de un derecho fundamental. Así las cosas los DESEC no tienen una cobertura general, aspecto que justifica *per se* este estudio.

Los anteriores señalamientos pretenden llamar la atención en relación con la forma en que se aborda el tema de la aplicación efectiva y universal de los derechos económicos, sociales y culturales en el derecho colombiano. Esto indica que para muchos este tipo de derechos no otorgan a los titulares las facultades y prerrogativas de los derechos subjetivos, debido a que sólo constituyen un criterio orientador de la actividad pública, los derechos sociales económicos y culturales son vistos como fines, cuya consagración no implica su realización inmediata, pues la misma está subordinada, por un lado, a la voluntad política del órgano legislador, y por otro a las condiciones materiales del estado en un momento particular.

La generalización de estos rasgos ha permitido construir con cierto éxito la figura de las cláusulas programáticas, según la cual los preceptos normativos de carácter general incluidos en la carta son la herramienta metodológica utilizada por el constituyente para expresar propósitos cuya realización sería deseable, otorgándole para el efecto, competencia al legislador para su desarrollo. Entonces, la prescripción normativa así ideada no es aplicable de manera autónoma, constituye solo un punto de referencia que el estado busca alcanzar en la medida de sus posibilidades, esto trae aparejada una consecuencia: que la realización del derecho contenido en el precepto normativo superior no es exigible.

Los defensores de esta posición, por lo demás ambigua (si se compara con la férrea defensa que realizan con respecto a los derechos políticos y civiles), esgrimen como argumentos para su defensa, entre otros: i) los DESEC no constituyen una garantía directa que permite exigir del estado su satisfacción inmediata, son, por el contrario, la expresión política que propende por el cumplimiento de unos fines de carácter general definidos por el constituyente¹⁰⁷, lo que no necesariamente se materializa en un actuar concreto referido a su satisfacción general; ii) la norma constitucional identifica aspectos sociales que considera que deben ser privilegiados, pero a su vez no determina su forma de cumplimiento, y iii) la manera general como fueron integrados al orden constitucional, y la utilización de términos de contenido polisémico y valorativo en construcciones lingüísticas sin consecuencias jurídicas directas, no permite establecer su alcance y, por lo tanto, el grado de obligación estatal que ellos conllevan.

¹⁰⁷ Al respecto, Parada, Caicedo, señala: "La naturaleza de los "derechos sociales" no ha sido tema pacífico ni entre los iusfilósofos ni entre los juristas. Varias corrientes de pensamiento se han opuesto, desde el principio a reconocerles el carácter de derechos fundamentales, calificativo al que solo aplican los derechos clásicos de libertad. En consecuencia los denominados derechos sociales se han considerado como principios programáticos que el legislador debe desarrollar con posterioridad a la promulgación de la constitución respectiva..." Justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales. Trabajo presentado por Juan Bautista Parada Caicedo para su posesión como miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. PARADA CAICEDO, Juan Bautista. Trabajo de posesión como miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá (abril 23 de 2009). Publicada en: http://www.acj.org.co/o/activ_acad.php?mod=posesion%20parada%20caicedo

Los autores del trabajo denominado *Lecciones de derechos sociales*, al estudiar el tema de los derechos económicos, sociales y culturales hacen un profundo análisis de sus características, llegando incluso a identificarlos con derechos prestacionales.¹⁰⁸ Con esta perspectiva el constituyente deja al legislador la valoración relacionada con la oportunidad de su desarrollo, toda vez que suponen un despliegue de actividad estatal y de la disponibilidad de recursos, circunstancias que necesitan de la asignación específica de funciones por parte de un ente estatal concreto, además de la adopción de políticas públicas que definan la manera como los derechos deben concretarse y a través de qué mecanismos se hacen “operativos”.

Tesis como éstas buscan restar fuerza normativa a los postulados constitucionales en relación con los DESEC, agregando además, que no todo derecho puede ser exigido de manera inmediata y absoluta. Bajo esta óptica han aparecido conceptos como derechos de aplicación progresiva, cláusulas programáticas, normas con reserva de regulación, normas de efecto suspendido, derechos prestacionales, derechos sociales, entre otros, planteando una dicotomía entre consagración constitucional y aplicabilidad del derecho¹⁰⁹. La diversidad de tendencias y criterios con respecto a la aplicación de este tipo de derechos entraña dificultades prácticas para su materialización, generando que el legislador se convierta en el actor central en la búsqueda de la plena aplicación de los DESEC. Es a él a quien corresponde interpretar los preceptos normativos, darles contenido y lograr su concreción, permitiendo matizar la fuerza axiológica del postulado constitucional, con criterios políticos, de acuerdo con la valoración de oportunidad que realice el órgano legislativo.

A la luz de los dictados neoconstitucionalistas y su desarrollo, esta discusión parece paralogizar la doctrina constitucional actual; sin embargo no son pocos quienes sostienen las tesis de los derechos de aplicación suspendida.¹¹⁰

¹⁰⁸ Sin embargo al definir sus rasgos fundamentales señalan: “La noción de Derechos sociales es ambigua, imprecisa y carente de homogeneidad”, toda vez que son el producto de un proceso histórico, tanto en su formulación como en su realización efectiva, aceptando que la misma está condicionada por la realidad material de la sociedad, reconociendo por un lado que: “los derechos sociales son más bien expectativas para cuya realización es necesaria una acción de dar o hacer, es decir una acción positiva por parte del estado”. AAVV. *Lecciones de Derechos Sociales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p.61.

¹⁰⁹ Para otros, el debate debe plantearse desde las capacidades materiales concretas de la sociedad, la circunstancia de incluir derechos y garantías sociales e individuales en la carta constituye en sí misma –en palabras de Eduardo Cifuentes Muñoz–: “un arreglo no autorizado por un auténtico constitucionalismo, el que no se imagina alejado de las concretas capacidades de realización de sus dictados”, *El constitucionalismo de la pobreza*, en *Dereito*, vol. IV No. 2. 1995 p. 53. Así las cosas debe existir una relación biunívoca entre realidad y norma, independiente de que se trate de un principio, valor o precepto normativo, esta posición sitúa el debate no en los términos de la capacidad autoaplicativa de la norma, sino en el contexto material de aplicación, superando conceptos referidos a la forma de construcción de la norma constitucional.

¹¹⁰ “Dentro de la gama de derechos hay algunos que se pueden aplicar... porque no se requiere que el estado precise su contenido... no requieren de una ley que los desarrolle” sin embargo hay otros “cuyo cumplimiento solo puede ser exigido... después de que el legislador los haya desarrollado”. CEPEDA E. Manuel José, *Los Derechos Fundamentales en la Constitución de*

En un ámbito como el colombiano, donde el poder político es ejercido por una minoría apoyada en terratenientes regionales y gremios económicos excluyentes, donde ha imperado tradicionalmente la idea de los derechos civiles y políticos como fundamento de la organización social y garantía de la libertad individual como pilar de la libertad económica, no resulta extraño encontrar doctrinantes que defiendan tesis como las señaladas, por lo que la discusión sobre el alcance y desarrollo de los derechos económicos sociales y culturales, a mi modo de ver, no está definida a favor de los conceptos neoconstitucionalistas de manera absoluta.¹¹¹

Por otro lado, la escasez de recursos, o su mala distribución que en últimas conlleva su sustracción del gasto social, justifican para muchos el desarrollo progresivo de los DESEC, apoyándose adicionalmente en el hecho de que el constituyente no creó mecanismos directos de exigibilidad de tales garantías.¹¹²

Por lo anterior, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, muchos de los cuales están contenidos o tienen su origen en las cláusulas programáticas, es necesario un cambio en la forma en que se aborda su desarrollo, deben ser garantizados no solo por la norma constitucional sino hacerlos "operativos" a través de la ley¹¹³, toda vez que es la ley la que permite asignar el órgano estatal encargado de su protección o

1991, Bogotá: Temis, 1992, p. 8. A su vez Camargo, Pedro Pablo, criticando este tipo de teorías señala: "La constitución política de Colombia, de 1991 destinó el Capítulo II del Título II a los Derechos Sociales, económicos y culturales. Se trata empero, de normas programáticas que el Estado no garantiza alegando la falta de recursos y acogiéndose, obviamente, a la teoría de la "realización progresiva" de tales derechos" CAMARGO. Op.cit., p. 548.

¹¹¹ Como es obvio suponer el debate sobre la aplicación inmediata de las normas sobre Derechos sociales económicos y culturales no está limitada ni tiene su origen en Colombia, como tampoco la consagración de este tipo de garantías en la constitución: "No es raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico a los Derechos sociales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador. ABRAMOVICH V; COURTIS C. Op.cit. p. 19.

¹¹² "No parece que hubiera alternativa distinta de la de resignarse a que una parte del texto constitucional tenga contenido puramente programático." Cifuentes obra citada P. 54. El autor llama la atención con respecto a la posibilidad real que tiene un estado como el colombiano de satisfacer y garantizar todos los derechos consagrados en la carta, en este sentido el derecho no constituye en sí mismo un poder autoaplicable, sino sólo un elemento que permite "ajustar" la realidad en busca de su realización.

¹¹³ Reina Castillo considera que "para lograr una protección internacional eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales se requiere, como requisito previo la modificación de los sistemas constitucionales y legales de los estados para judicializar los derechos económicos, sociales y culturales que aun son considerados como normas programáticas de "relación progresiva". REINA CASTILLO, Olivia. La protección judicial de los derechos sociales. Bogotá: Editorial Leyer, 2004. p.39.

cumplimiento, destinar los recursos para tal fin y establecer las consecuencias de su desconocimiento. Sobre el tema nos referiremos más ampliamente en el capítulo III de este trabajo.

Como consecuencia de la omisión legislativa absoluta, en Colombia no ha existido una reglamentación especial respecto de los DESEC, no ha sido posible la aplicación generalizada de estos, sin embargo la Corte Constitucional ha tutelado en diferentes oportunidades derechos económicos, sociales y culturales, lo que no implica que su protección sea generalizada debido a que la propia Corte restringe dicha protección a eventos cuyo desconocimiento conlleve la afectación negativa de un derecho fundamental.

En un contexto como el colombiano, la vulneración de los DESEC y su solución involucra situaciones de tal magnitud que requieren soluciones correctivas generales e institucionales, no se trata de permitir que un número pequeño de “tutelantes” logren la satisfacción de sus demandas relacionadas con la materialización de derechos que implican un actuar positivo por parte del estado, se trata de que el grupo social puesto en condiciones de vulneración logre la aplicación efectiva de la garantía constitucional.

La reglamentación sobre DESEC constituye el instrumento que permite garantizar y promover en forma masiva su goce, es el medio de desarrollo efectivo de las normas constitucionales, cuya amplitud las hace inaplicables, por otro lado, permite superar las limitaciones de los fallos jurídicos en relación con el alcance y cobertura de sus decisiones, que en la mayoría de los casos son restringidas, la posición planteada difiere de la tesis sostenida por Arango, según la cual (...) “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales puede justificarse a partir de un concepto bien desarrollado de los derechos subjetivos. El contenido de los derechos sociales fundamentales puede determinarse judicialmente con la ayuda del principio de igualdad en conexidad con otras disposiciones de derechos fundamentales” Arango R. Op.cit., p.118.

El cumplimiento de un derecho no depende solo de su consagración jurídica, requiere, además, de una serie de mecanismos tanto políticos como judiciales, los políticos implican la adopción de mecanismos que permitan su efectiva aplicación, la creación de instituciones y la afectación de recursos, por su parte, los judiciales, garantizan el cumplimiento de las obligaciones que emanan de dichos instrumentos formando un círculo dinámico de precepto-actividad y control.

El tema de la protección judicial de los DESEC como varios de los analizados en el presente trabajo no es pacífico pues existen posturas doctrinales que van desde la concepción de que los DESEC son verdaderos derechos y por lo tanto exigibles ante el aparato judicial hasta los que los consideran solo como normas programáticas que no tienen el rango de derechos.

Así, por ejemplo, para Arango (...) “Los Derechos Sociales fundamentales son concebibles sin mayores dificultades como derechos subjetivos,” y agrega citando a H Maurer que se entiende por derecho subjetivo: (...) “El poder legal reconocido a un sujeto

por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo.”¹¹⁴

En este marco el juez de tutela tiene el poder de proteger los derechos sociales fundamentales, que para el autor constituyen verdaderos derechos si el individuo está en situación de urgencia, toda vez que el estado está en la obligación de desplegar acciones fácticas para garantizar su cumplimiento y si esto no sucede la intervención judicial es bienvenida. No requiriéndose el pronunciamiento del legislador.¹¹⁵

2.3. Interpretación constitucional y los derechos económicos, sociales y culturales

La aplicación de cualquier norma jurídica que consagra un derecho, se enfrenta al dilema de establecer cuál es el nivel de protección o garantía que consagra respecto del derecho específico que reconoce, cuál es su nivel de autonomía en relación con otros derechos, y cuál es el alcance de las expresiones que justifican y soportan dicha prerrogativa. Por lo tanto debe determinarse el contenido de cada derecho en particular y solo a partir de allí se podrá establecer el nivel de desconocimiento o vulneración¹¹⁶. La interpretación jurídica¹¹⁷ relaciona hechos y normas en busca de una solución con base en argumentos jurídicos, los cuales pueden surgir de la propia norma que se interpreta o del sistema mismo. En la interpretación constitucional se vincula una circunstancia concreta con una norma superior que consagra un derecho o garantía; sin embargo, debe darse contenido a las expresiones genéricas que soportan dicha garantía.

¹¹⁴ ARANGO. Op.cit., p. 9. El autor centra su análisis en los elementos que tal determinación involucra: una norma jurídica, una obligación jurídica y un poder jurídico, para concluir que (...) una actividad normativa general no es absolutamente necesaria para garantizar los derechos sociales fundamentales amenazados o vulnerados” (...) Que son derechos generales y acciones fácticas frente al estado”. Debe señalarse que el autor enfoca su trabajo sobre los “Derechos sociales fundamentales” categoría que no involucra la totalidad de derechos que en este trabajo hemos denominado DESEC, Arango acepta que existen derechos sociales que no tienen la categoría de fundamentales los cuales se requieren para la aplicación de la intervención del legislador.

¹¹⁵ El autor distingue los derechos sociales fundamentales de los derechos de prestación en sentido amplio dentro de los cuales incluye los derechos de protección, organización y procedimiento, para los cuales en su sentir “es necesaria la adopción de medios legales para realizarlas”. *Ibíd.*, p. 336.

¹¹⁶ Sobre el tema Rodolfo Arango precisa: “la verificación de la vulneración de un derecho fundamental presupone la determinación de su contenido”. *Op.cit.*, p. 175.

¹¹⁷ “... (L) a interpretación constitucional es una <especie> de la interpretación jurídica en general y no algo completamente distinto de ella...” MORA RESTREPO, Gabriel. Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Buenos Aires: Editorial Marcial Pons, 2009. p. 261.

Por consiguiente, el papel del intérprete no sólo se limita a concretar la protección otorgada por la norma sino que además involucra una valoración adicional, referida a darle contenido, y por lo tanto materialidad, a los fines y propósitos que tal consagración busca satisfacer. En el caso del derecho constitucional esta particularidad se ve enfatizada por la específica forma como el constituyente ha redactado las normas de rango superior, puesto que, las mismas deben servir, simultáneamente de: i) valor orientador del resto del sistema jurídico¹¹⁸, y por lo tanto de la decisión que se adopta¹¹⁹, ii) de marco definitorio del contenido de las normas dictadas por el legislador y iii) de enunciado normativo que permite la deducción de una norma¹²⁰ que a su vez posibilite soluciones particulares.¹²¹

Estas características se ven reflejadas en la intermediación de las normas constitucionales e incluso en su vaguedad y generalidad¹²². Tal es el caso de principios,

¹¹⁸"La Constitución tiene un impacto directo sobre todo el resto del orden jurídico, que impone a cualquier juez el fallar realizando, es decir haciendo efectivos en el plano de los hechos, los principios y valores contenidos en la Constitución..." Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-037 de 2000.

¹¹⁹ "Los valores son definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho, no son normas de aplicación directa que puedan resolver, aisladamente, un asunto". Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1993

¹²⁰ Al respecto ver la distinción planteada por Barroso Roberto Luis, explicada en la nota de pie de página 132.

¹²¹ Esta última característica surge en nuestro sentir del desarrollo de las teorías del neoconstitucionalismo que reconocen fuerza normativa a toda norma de carácter constitucional, y por lo tanto susceptible de acudir a ellas de manera directa para garantizar la protección allí consagrada, posición que se aparta del planteamiento contenido en el artículo: La garantía de la interpretación constitucional de Rafael de Asís Roig que señala al respecto: "Cuando de lo que se trata es de analizar la interpretación constitucional, el análisis también está considerado, ... por la manera con la que se concibe el significado y el papel de la Constitución, vaya por delante, que en este sentido, considero que el papel de las constituciones en los ordenamientos jurídicos es el de la fijación del marco argumentativo y justificatorio de las normas y las decisiones, pero no en el sentido de proporcionar soluciones, sino más bien en el de fijar los límites de la discusión, dicho de otra manera, el llamado carácter normativo de la constitución lo que hace es exigir que quien decide deba argumentar manifestando la concordancia o discordancia con la constitución". (subrayado nuestro). DE ASIS ROIG Rafael. La garantía de la interpretación constitucional en Justicia constitucional y democracia en el siglo XXI AA VV DUQUE SANDOVAL Óscar, TOVAR, Luis Freddyur (Comp.). Cali: Universidad Autónoma de Occidente, 2009. p. 29.

¹²² Al respecto debe distinguirse como lo hace De Asis Roig "entre normas que se refieren a cuestiones formales y de competencia y normas que explican criterios materiales y axiológicos... la indeterminación se ha proyectado básicamente en normas constitucionales que establecen criterios materiales (si se prefiere normas de derechos fundamentales)" puesto que es sobre este tipo de norma que surgen preguntas referidas a su alcance, cobertura, destinatarios, grados de aplicación, nivel de la obligación estatal lo que conlleva a que "la decisión interpretativa de la constitución es siempre una decisión política y moral". *Ibíd.*, p.32.

finés y valores¹²³ constitucionales, cuya determinación se ubica el centro de la interpretación constitucional debido a que no tienen claramente establecidos los hechos a los que se aplican, ni las consecuencias jurídicas que otorgan¹²⁴.

Para el neoconstitucionalismo las normas de la Constitución no pueden interpretarse de manera aislada, si bien cada una de ellas tiene un ámbito propio. El texto superior se eleva como una estructura que se soporta axiológicamente en conceptos que se transmiten al interior de las prescripciones normativas particulares, superando las limitaciones de los términos semánticos que las constituyen, lo que entraña que el significado de sus términos no se agota en sus propias definiciones. El texto constitucional es así delineado como un ideal cuya concreción se alcanza con la materialización "autopoética" de sus propios fines, es decir que el derecho será el resultado de la transformación del principio que se interpreta a la luz de los valores que quiere garantizar (no sólo el valor particular que soporta y justifica cada derecho, sino de la totalidad de los que conforman el ideal constitucional). Este acto de interpretación basado en el alcance de los derechos establecidos en forma general (principios) es lo que permite superar las limitaciones del positivismo tradicional¹²⁵.

¹²³La Corte distingue entre principios y valores, otorgándole a cada uno una dimensión y alcance propios, sin embargo, reconoce que ambos constituyen el soporte del ideal constitucional, permiten transferir los propósitos del texto superior a la producción del derecho, al respecto indica: "Los valores son **normas que establecen fines** dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son **normas que establecen un deber ser específico** del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado...". Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1993.

¹²⁴ "Los principios", en cambio, parecen ser normas jurídicas en las que, (i) no hay relación de subordinación entre hechos y consecuencias (entre antecedente y consecuente), y (ii) su contenido expresa en lenguaje moral y político de alta abstracción sin que, se repite, se especifiquen los casos o consecuencias de su aplicación". LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura 2006, p. 33.

¹²⁵ No obstante, sobre el tema debe señalarse que Sergio Estrada Vélez, critica duramente toda forma de interpretación constitucional que se realice tomando como base los valores y principios constitucionales, teniendo en cuenta que aceptar el carácter normativo de los enunciados constitucionales por estar incluidos en la carta supone una imposición ideológica que convierte enunciados morales en prescripciones jurídicas, circunstancia que posibilita la manipulación de las normas de contenido jurídico, con argumentos axiológicos. Para el autor "debe distinguirse si el carácter jurídico de la constitución se puede extender a los principios y valores allí enunciados". La interpretación debe ser siempre realizada sobre normas de contenido jurídico, "...una actividad jurisdiccional fundamentada en valores genera tanta discrecionalidad y proximidad con la arbitrariedad que el objeto de control pasa a ser ya no sólo la ley proferida por el legislador sino la sentencia paradójicamente expedida como garantía frente al legislador". ESTRADA VÉLEZ, Sergio. Algunas falacias del principio de primacía constitucional. 2007. Revista de Derecho, Universidad del Norte. No 28, Barraquilla (2007); p. 151.

La consagración de los derechos económicos sociales y culturales constituye un buen ejemplo de lo señalado puesto que se conciben como: i) una forma de lograr el cumplimiento de un fin perseguido por el constituyente, ii) como valores que soportan el modelo constitucional cuya amplitud y contenido debe ser analizado de manera particular para cada derecho, (porque aquellos no se reflejan de manera uniforme en cada uno de estos), debido a su dimensión esencial. Por lo tanto las actividades para su concreción son diversas, tanto en su alcance material como en su relación de igualdad con otros derechos, esta relación varía a partir de las propias condiciones del destinatario de la garantía constitucional.

No obstante debe señalarse que la indeterminación de las normas constitucionales no es absoluta, su interpretación debe partir de los valores que sustentan el modelo constitucional¹²⁶ independientemente de la forma y alcance que ellos tengan en la aplicación concreta de cada derecho constitucional¹²⁷. La protección de estas garantías "supra legales" en general, y la aplicación de los derechos sociales, económicos y culturales en particular, en Colombia tienen como fundamento el logro de postulados de igualdad, dignidad humana y estado social de derecho¹²⁸ que a nuestro modo de ver subyacen a todo el ordenamiento jurídico constitucional, los cuales constituyen el primer elemento al que debe acudir el intérprete para determinar la extensión y aplicabilidad de la norma superior. Esto presupone que la indeterminación de los principios y normas constitucionales se predique "únicamente" de la extensión del derecho que se busca materializar, del grado de protección y de las condiciones materiales y jurídicas que presuponen su accesibilidad, sin que la misma pueda llegar a desconocer su núcleo esencial.

¹²⁶ "Al momento de interpretar la Constitución, la administración (al igual que los restantes operadores jurídicos) está obligada a considerar parámetros constitucionales de interpretación. En particular, ha de garantizarse que el ejercicio hermenéutico no conduzca a la ruptura de la unidad de la Constitución, ni al desconocimiento de los fines constitucionales" Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-116 de 2004.

¹²⁷ "Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política". Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-406 de 1993.

¹²⁸ Esta superposición axiológica, en nuestro entender muestra de manera diáfana el principal elemento de interpretación que debe tener en cuenta el intérprete constitucional, cualquier fundamentación que se intente debe soportarse en la aplicación concreta de estos "supravalores". Esta realidad relaciona, justifica y soporta el contenido del capítulo I de este trabajo. Sin embargo esta "forma interpretativa" conlleva otras dificultades relacionadas a su vez, con los diferentes dimensiones que posee el postulado que sirve de elemento de respaldo a la interpretación del derecho que se pretende aplicar, debido a que su propia generalidad cobija aspectos diversos del orden jurídico -material, así por ejemplo el concepto de estado social de derecho, "debe conciliar las exigencias del principio de legalidad heredado del estado de derecho con el de la supremacía de la constitución, de tal manera que puedan convivir la seguridad jurídica y la justicia material" "es un valor en sí mismo, se constituye en un fin, es un deber... cada una de dichos argumentos... han sido utilizados de la misma manera: como argumento para conceder o para negar derechos sociales..." (subrayado nuestro). GÓMEZ ISAZA, 2009. p. 79 y 80.

Cada norma superior tiene un grado de certeza que está dada por el derecho mismo que protege o garantiza, el intérprete tiene un marco de referencia en relación con el sentido y amplitud del derecho. Por lo tanto, no puede dar cualquier interpretación, alegando una indeterminación absoluta. El contenido interpretativo se desarrolla dentro de un límite definido por conceptos éticos recogidos en el programa constitucional, el cual se fundamenta en la fuerza política que erige el texto constitucional¹²⁹. Sin embargo, la interpretación siempre se realizará desde criterios de contenido jurídico, buscando a través de ellos la aplicación de los valores incorporados al sistema jurídico.

En este orden de ideas el intérprete no puede atribuir cualquier significado a la norma, su tarea debe encaminarse a determinar al menos, el mínimo del contenido del derecho que bajo los parámetros éticos y políticos señalados, logre la realización de los "supra valores" de igualdad, dignidad humana y estado social de derecho.¹³⁰

En consecuencia la interpretación constitucional sobrepasa el texto mismo de la norma que se interpreta. Abarca, por lo tanto, la amplitud que socialmente se le otorga al derecho (reconocida políticamente a través de la norma constitucional) y los conceptos éticos¹³¹ y morales que sustentan el sistema jurídico constitucional.

¹²⁹ "Por eso, un mínimo de determinación es necesario, aunque sea indemostrable que exista y aunque sea imposible garantizarlo. La interpretación jurídica en general y por tanto también la constitucional, se desarrolla como si existiera un significado mínimo incontrovertido". *Ibíd.*, p. 33.

¹³⁰ Debe señalarse que la utilización de estos criterios o "supra valores" como fundamento de interpretación de normas constitucionales que establecen derechos sociales, económicos y culturales ha venido siendo criticada desde diferentes ángulos, al respecto López Medina señala "... (L) a utilización de la cláusula de "estado social" ha sido también parcialmente criticada. Se acusa a la jurisprudencia basada en este principio de varios defectos principales...La aplicación del principio ha generado un crecimiento desordenado de las prestaciones que el Estado de bienestar debe a sus ciudadanos, con una consecuente presión fiscal por encima de las posibilidades realistas del Estado Colombiano... La aplicación del principio ha introducido un reordenamiento de las prioridades en la atención de las prestaciones de bienestar, beneficiando así a los "vivos" y no a los necesitados", agregando que "...se acusa el principio de originar fallos contra-productivos a los fines distributivos que dice proteger, ya que los jueces no aprecian adecuadamente el verdadero... impacto de sus fallos". Al respecto cita la sentencia SU- 111-97: "No puede pretenderse, que de la cláusula del Estado Social, surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a estos. La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado". LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. 2006. p. 40.

¹³¹ Al respecto Susana Pozzolo, afirma: "La justificación de una norma reside siempre en otra norma" y en el caso principios que soportan la interpretación constitucional la justificación se encuentra en la moral así "al atribuir significado a los estándares denominados "principios", el operador debe primero atribuir significado a los valores morales subyacentes; es preciso, pues, que ofrezca una lectura moral de los mismos (y no literal), la validez de la decisión (judicial) radica en la "razón justificativa" que para el caso constitucional será el contenido moral, las normas superiores, la interpretación debe sobrepasar el ámbito descriptivo para ubicarse en el axiológico". POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Revista Doxa 21 II. 1998. p. 339-353.

En el caso de los Derechos sociales, económicos y culturales su aplicación supera la discusión (básicamente formalista) de la clasificación y tipos de enunciados normativos¹³² que integran la constitución. La concreción material del texto constitucional rebasa la idea de establecer su alcance a través del contenido formal de la elaboración lingüística del precepto, y el enunciado constitucional se construye de tal manera que su sentido racional debe buscarse superando las limitaciones propias de las formas gramaticales que lo integran. La norma producto de la interpretación surge no solo del enunciado que se interpreta, sino de la absorción de los valores que constituyen el andamiaje del sistema, vertidos a su vez en otros enunciados normativos constitucionales. La norma constitucional¹³³ supera las limitaciones del enunciado para convertirse en el medio que permite la aplicación concreta de los fines consagrados por el constituyente.

El proceso señalado involucra una valoración previa del intérprete, la cual puede tener fundamento en diferentes principios constitucionales lo que permite que el resultado pueda tener diferencias de grado en relación con el alcance y cobertura del derecho constitucional, circunstancia que puede eventualmente desembocar en un análisis sobre el tipo de enunciado que se interpreta. Este aparente círculo vicioso es el que ha justificado las diferentes clasificaciones de las normas¹³⁴ constitucionales (normas orgánicas, normas programáticas, normas auto aplicativas, normas de desarrollo progresivo, normas orientadoras, etc.)¹³⁵, lo que en muchos casos ha obstaculizado el desarrollo efectivo del valor constitucional que ellas consagran.

Así las cosas, es común que previa a la tarea de interpretación y dado que el intérprete busca establecer el marco de referencia fáctico de la norma, las condiciones de su aplicación, y las circunstancias que permitan su materialización, la clasificación de las

¹³² "La doctrina más moderna ha establecido una distinción entre enunciado normativo y norma basándose en la premisa de que no hay interpretación del texto en abstracto. Enunciado normativo es el texto, el relato contenido en el dispositivo constitucional o legal. Norma a su vez, es el producto de la aplicación del enunciado a una determinada situación, es decir, es la concretización del enunciado". BARROSO Luís Roberto. El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho. El triunfo tardío del Derecho constitucional en Brasil. Revista de Derecho, Universidad de Montevideo. 2007. Año VI No. 12.

¹³³ Acogiendo la distinción planteada por Barroso.

¹³⁴ Aquí se emplea el término "norma" para significar la existencia de una construcción lingüística con efectos específicos en el mundo jurídico, lo que no significa que se controvierta la distinción realizada por Barroso.

¹³⁵ En la tesis doctoral de Iván Castro Patiño encontramos un buen ejemplo de clasificación respecto de normas constitucionales. El autor las clasifica en diferentes niveles así: el primero que contempla 4 categorías a saber: i) normas declarativas o de principios, ii) normas instituyentes u organizadoras, iii) normas programáticas y iv) normas operativas, las cuales a su vez son clasificadas en 6 grupos que incluyen 15 tipos de normas. CASTRO PATIÑO, Iván. La inconstitucionalidad por omisión: una reforma necesaria en la constitución ecuatoriana. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2003. p. 26 y ss, publicada en www.corteidh.or.cr/tablas/27230.pdf

normas constitucionales, en sí misma implica una interpretación anticipada (realizada por un tercero diferente al intérprete final), en relación con el alcance, la materia, la forma de aplicación, la cobertura, los destinatarios y los supuestos para identificarlos. Esta particularidad en muchos casos orienta la interpretación final de la norma, el intérprete operativo realiza su labor a partir de la ubicación de la norma en una determinada clasificación, eliminando eventualmente del horizonte interpretativo alternativas que pueden sobrepasar el marco clasificatorio, pero que dan aplicación a los valores constitucionales

La autonomía que bajo este planteamiento se reconozca al intérprete constitucional y a su capacidad de lograr materializar los "supra-valores" a través de su labor, resulta fundamental frente a la aplicación efectiva de los derechos sociales, económicos y culturales, pues aquellos¹³⁶ se establecen como causa inmediata del reconocimiento de estos, amén de convertirse en el eslabón primordial del sistema jurídico. El principio que soporta la interpretación del enunciado normativo "cobra vida" en la norma deducida por el intérprete.

No obstante esta forma de interpretación puede llevar a extremos contraproducentes en la medida que el intérprete dé contenido al principio, de manera que su aplicación se torne restrictiva respecto de aquellas normas constitucionales cuyo contenido se ha formulado más como un fin (que busca ser alcanzado por diferentes medios no especificados por el constituyente) que como un derecho con una consecuencia jurídica específica y con un órgano estatal responsable previamente señalado, como es el caso de muchos de los DESEC.

En este orden de ideas, a pesar de las nuevas tendencias del derecho constitucional dentro de las cuales se destaca el reconocimiento de la fuerza normativa de la carta, se sigue reclamando la intervención legislativa como una solución "técnica" que permita superar las formas jurídicas, en busca de la efectiva realización de los DESEC.

En el siguiente acápite veremos cuál es el efecto real de la omisión legislativa en relación con estos derechos, y las ventajas y desventajas de establecer la figura del control constitucional de la omisión legislativa absoluta, así como las consecuencias de la intervención judicial en la garantía universal de los derechos sociales, económicos y culturales, pasando por los efectos políticos e institucionales de tal intervención.

¹³⁶Al respecto indica la Corte Constitucional: "**El problema fundamental de los valores no es el de su enunciación sino el de su aplicación. Para la realidad del derecho es más importante establecer cuáles son los criterios de interpretación y aplicación de las normas que establecer cuál es la lista de aquellas normas que pertenecen a una determinada categoría.**" Negrillas del texto. Sentencia T 406 de 1992.

3.Efectividad directa de los derechos sociales, económicos y culturales

Los diferentes planteamientos relacionados con la plena efectividad de los DESEC y su incorporación en el texto constitucional nos conducen a abordar un tema cuyo desarrollo y alcance marca nuevos retos para el derecho constitucional: la omisión legislativa absoluta.

Así las cosas, este capítulo pretende identificar en el ordenamiento jurídico colombiana, el alcance y efectos de la omisión legislativa y la manera que esta conducta adoptada por el legislador ha influido en el desarrollo y aplicación de los derechos sociales, económicos y culturales

El análisis de este tópico toma relevancia en relación con los derechos sociales, teniendo en cuenta no sólo los planteamientos teóricos relacionados con la fuerza normativa de todas las normas de la Constitución, sino frente a las dificultades prácticas de establecer qué órgano estatal es el responsable y en qué medida debe satisfacer tales derechos, sin mencionar las discusiones relacionadas con el alcance de las facultades de los diferentes órganos estatales.

Por razones meramente metodológicas en la primera parte de este capítulo se analizará el alcance efectivo de los derechos consagrados en la Carta, para lo cual retomaremos la discusión planteada en el anterior capítulo, para ir luego a profundizar en aspectos relacionados con funciones de los órganos judiciales y legislativos, pasando por la libertad de configuración del legislador, la representación política y la asignación de recursos, sin dejar de lado, temas relacionados con la organización del estado y la aplicación de los principios democráticos. Se concluye con el análisis de la conveniencia o inconveniencia de expedir una ley sobre DESEC como una forma efectiva de lograr la universalización de tales derechos. Dejando de lado así el debate sobre la posibilidad jurídica de exigirlos y si la sola consagración en el texto superior permite tal prerrogativa jurídica.

3.1. La omisión legislativa absoluta y su efecto en la aplicación universal de los derechos sociales, económicos y culturales

Para efectos de este trabajo, abordar el análisis de la omisión legislativa implica el reconocimiento pleno de la existencia de normas constitucionales que requieren para su materialización de reglamentación, o en el mejor de los casos que existiendo derechos

constitucionales, y a pesar de la fuerza normativa de la Constitución, los mismos requieren para su “operativización” de normas adicionales¹³⁷, postura que de alguna manera se contrapone a la fuerza normativa de la constitución¹³⁸. En la actualidad, la omisión legislativa constituye un fenómeno de común ocurrencia y cuya “utilización” está en el centro del debate sobre la aplicación universal de los DESEC, dado que como ya se mencionó, solo en la medida en que sean reglamentadas estas normas constitucionales serán exigibles de manera generalizada. La no reglamentación de este tipo de derechos impide el desarrollo real y concreto de los preceptos y valores constitucionales. Sin embargo el derecho colombiano no tiene establecido un mecanismo que permita compeler al órgano legislativo a desarrollar su labor reglamentadora.

A pesar de que hoy por hoy se reconoce en el derecho colombiano la fuerza vinculante de las normas constitucionales, son múltiples las voces que afirman que la inclusión de los DESEC en la Constitución no implica de suyo su aplicación inmediata. La doctrina y la jurisprudencia basados, algunas veces, en la estructura y la construcción gramatical de la Constitución, han elaborado diversas categorías de derechos y normas constitucionales llegando a la conclusión de que no todas son aplicables y exigibles de manera directa.

En este sentido Fernández Rodríguez señala que una Constitución está integrada por normas con características diversas y diferentes grados de vinculación, en algunos casos su construcción no es completa y por lo tanto requiere de la actividad posterior del legislador para obtener de esta forma su eficacia plena¹³⁹. Con este supuesto como punto de partida abordaremos el tema de la inactividad del legislador, sus alcances y efectos sobre los derechos sociales, económicos y culturales.

Para el efecto debemos recordar que la Constitución de 1991 estableció que son Derechos Fundamentales los consagrados en los artículos 11 al 41 y que los DESEC fueron consagrados en el mismo título II “de los derechos, garantías y los deberes” a renglón seguido de los Derechos fundamentales, pero en capítulo aparte.

Por otro lado, la propia Corte Constitucional puntualiza que la condición de Derecho Fundamental no implica automáticamente la calidad de derecho de aplicación inmediata.

¹³⁷ Esta circunstancia fáctica evidencia las dificultades de realización que enfrentan los DESEC, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos conllevan un accionar positivo del estado.

¹³⁸ Incluso quienes reconocen la fuerza normativa de la constitución aceptan la necesidad de reglamentación de cierto tipo de normas superiores con el fin de lograr su realización.

¹³⁹ En palabras del autor: “Todo texto constitucional se ve en la imposibilidad de agotar las materias que son objeto de tratamiento, no solo por razones fácticas o de conveniencia política, sino, y especialmente, por motivos de orden técnico” (...) la aludida imposibilidad fáctica y las exigencias de técnica legislativa dan lugar a que el legislador ordinario asuma la necesidad de desarrollar determinados preceptos del texto fundamental para, de esta manera, asegurar la eficiencia del proyecto constitucional y la concreción del mismo” (...) la existencia de estas normas incompletas en el Texto Básico, se traduce, como vemos, en una serie de obligaciones de desarrollo legislativo posterior (...) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ José Julio. La inconstitucionalidad por omisión. Madrid: Editorial Civitas, 1998. p. 32.

Al respecto señala en la sentencia T-329/93: “pero el reconocimiento de la condición de derecho fundamental no conlleva necesariamente la cualidad de Derechos de aplicación inmediata (...)”. Así las cosas los derechos no ostentan la calidad de fundamentales ni de aplicación inmediata, circunstancia que por sí solo pone de presente la dificultad de su exigencia y la necesidad de reglamentación legislativa.

En la actualidad de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte con algunos matices, conexidad y transmutación¹⁴⁰, los DESEC requieren de desarrollo legislativo para su aplicación, o dicho de otro modo, solo hasta que el legislador los reglamente se dan las condiciones jurídicas formales para que cualquier ciudadano pueda exigir su cumplimiento

La actividad legislativa permite definir el alcance de la norma constitucional, concretando el grado y la forma de protección, además de posibilitar su exigencia a quien se encuentre en las condiciones materiales y jurídicas definidas en la ley. La intervención legislativa otorga certeza en relación con las prerrogativas que cada derecho otorga en relación con las acciones que se pueden reclamar del estado.¹⁴¹ Es importante aclarar, que solo en la medida en que se considere que alguna norma constitucional requiere para su aplicación de reglamentación por parte del legislador, es relevante la actitud quiescente de este órgano.¹⁴²

La Constitución de 1991 no establece la figura de la omisión legislativa de manera autónoma, lo que dificulta determinar sus alcances, las circunstancias de su aplicación y sus efectos¹⁴³. En sentido amplio habrá omisión legislativa cuando el legislador no cumple la orden del constituyente de reglamentar los textos constitucionales. Sin embargo el matiz más importante de la omisión legislativa¹⁴⁴ se presenta cuando como

¹⁴⁰ (...) “ a los derechos **prestacionales les puede ser reconocida** la naturaleza de derecho fundamental, entre otras, por dos vías, a saber: i) La transmutación del derecho prestacional en un derecho subjetivo, **como consecuencia del desarrollo legislativo** o administrativo de las cláusulas constitucionales y ii) La conexidad con otros derechos (...)” Énfasis nuestro. Sentencia T-662 de 2006.

¹⁴¹ Por otro lado, las clasificaciones de derechos fundamentales, derechos de aplicación inmediata y derechos de aplicación progresiva pone de presente la necesidad de clarificar cuál es el papel del legislador en su garantía.

¹⁴² (...) “conforme a la jurisprudencia de la Corte, la ley juega un papel esencial, a veces ineludible, en la materialización de los derechos sociales (...)”. Sentencia C- 251 de 1997.

¹⁴³ La actual carta constitucional sigue a las constituciones anteriores al no prever dentro de las instituciones jurídicas nacionales una acción de inconstitucionalidad por omisión.

¹⁴⁴ Teniendo en cuenta que de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia la omisión legislativa puede ser absoluta o relativa, cuando se emplee el término omisión legislativa nos estamos refiriendo a la omisión legislativa absoluta pues ella constituye el eje temático del presente trabajo. A pesar de lo anterior, se considera importante precisar en qué consiste cada una de ellas para lo cual acudiremos a la Corte Constitucional: “Las omisiones legislativas pueden ser absolutas o relativas, las primeras se infieren cuando hay una ausencia total e íntegra de normatividad que, por carencia de objeto de verificación, en cualquier caso, impiden una confrontación material, objetiva

consecuencia del no hacer del legislador el resultado deviene en el desconocimiento de un precepto constitucional, lo que la doctrina ha denominado omisión legislativa inconstitucional. En el presente capítulo se busca analizar este aspecto, cuyo planteamiento central está relacionado con el efecto inconstitucional de la omisión legislativa absoluta con respecto a la aplicación universal de los derechos sociales, económicos y culturales.

La omisión del deber de legislar implica en sí misma una vulneración de la Constitución. No solo se desconocen los valores y principios de las normas superiores cuando se realizan acuerdos contra ella, sino también, cuando se desconoce un mandato expreso o cuando la inacción conlleva la no aplicación plena de sus principios. En estos eventos se presenta un estancamiento del derecho, las normas constitucionales que buscan y requieren un desarrollo quedan atrapadas en su literalidad genérica sin alcanzar a convertirse en un instrumento de aplicación práctica, la norma está vigente pero no logra su eficacia. En la estructura jurídica el legislador cumple el papel de dar aplicación a esos valores y principios.

Para Tajadura Tejada¹⁴⁵ siguiendo a Gómez Canotillo la omisión legislativa inconstitucional se presenta por el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos, lo que implica que: 1) no se debe reducir la omisión legislativa a un simple no hacer, debe además, existir una exigencia constitucional de acción, 2) deben existir mandatos constitucionales concretos y 3) se requiere la existencia de normas constitucionales sin suficiente densidad por ser aplicables por sí mismas.

Por su parte, Fernández Segado señala que la omisión legislativa inconstitucional se presenta cuando “determinada la obligación de legislar sobre una determinada materia para que la norma constitucional tenga eficacia plena, es la inacción, la omisión de la obligación constitucionalmente contemplada la que produce el vicio de inconstitucionalidad” agregando que “el instituto de la inconstitucionalidad por omisión se

y verificable con los postulados consagrados en la Constitución. Las segundas son aquellas ausencias normativas puntuales que por razones constitucionales deberían estar incluidas en una regulación específica proferida, que la tornan en disposición inequitativa inoperante o insuficiente. Sentencia C-371-2004. Por su parte en la Sentencia C-543 de 1996 señala que cuando el legislador (...) “no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la constitución (...) “se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo en un determinado precepto constitucional...” mientras que cuando el legislador (...) “en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros, cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto”(…), “omite una condición o ingrediente que, de acuerdo con la constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella” (...) “existe una omisión legislativa relativa por que por si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad”.

¹⁴⁵TAJADURA TEJADA, Javier. La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales. www.juridicas.unam.mx

vincula, por una parte, a la estructura de determinadas normas constitucionales que requieren para su cumplimiento de una intervención reguladora ulterior(...)¹⁴⁶.

Otros centran el estudio de la omisión legislativa no en el silencio del órgano legislativo sino en la consecuencia jurídica de este. El silencio del legislador se torna censurable cuando su efecto es el desconocimiento de una norma superior, es decir que la posición pasiva que adopta trae como consecuencia la no realización efectiva de la Carta, tornando inconstitucional el comportamiento del legislador.

Así las cosas, no basta con que el legislador no actúe frente a un texto constitucional, sería necesario, además, que ese actuar negativo conlleve la inaplicación de la norma superior, dicho de otro modo el órgano legiferante resta eficacia a la constitución.

El papel que cumple el legislador en la estructura jurídico-formal del sistema jurídico es el de dar aplicación a los preceptos de la constitución a través de la legislación. Su principal función es darle aplicabilidad práctica al proyecto elaborado por el constituyente, llenando de contenido el marco axiológico constitucional.

Por otro lado, Villaverde introduce un elemento adicional al análisis del silencio del legislativo esto es, el del plazo. Este se define como el término dentro del cual debe realizar o cumplir el órgano legislativo con su obligación de regular las instituciones constitucionales permitiendo su operatividad de manera general. Para el autor, el plazo dentro del cual debe legislarse resulta irrelevante, a no ser que el texto superior haya establecido uno específico pues el hecho de que la constitución no determine plazo alguno, es interpretado por Villaverde como “un permiso al legislador para que sea él quien decida sobre el momento oportuno para realizar la encomienda. Ese *juicio de oportunidad* pertenece al ámbito competencial del legislador y a nadie más”¹⁴⁷. énfasis nuestro. En este punto discrepamos del planteamiento del autor, pues dicha postura si bien es realista y objetiva desde el punto de vista del derecho positivo, implica el reconocimiento de la inaplicabilidad de una norma constitucional. Permitir que sea el legislador quien determine la oportunidad de reglamentar es aceptar la subordinación del poder constituyente a un poder constituido independientemente de la forma como aquel haya planteado la manera como el legislador desarrollará el proyecto político de la Carta. Debe señalarse que para Villaverde no todo silencio legislativo debe ser objeto de censura o reproche, según el autor la actividad quiescente del legislador, debe ser condenada solo cuando la ausencia de la norma tenga un efecto contrario a los principios

¹⁴⁶FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La inconstitucionalidad por omisión. ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socio económica?”. En: Inconstitucionalidad por omisión. coordinador BAZÁN, Víctor (Coord.). Bogotá: Ed. Temis. 1997. p. 11.

¹⁴⁷ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 44. Por su parte Fernández Rodríguez señala (...) “La inconstitucionalidad por omisión la conceptualizamos como la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de tal forma que se impide su eficaz aplicación”. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión. www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/aproximacion_al_concepto.pdf p. 13.

superiores. Así las cosas, es la consecuencia de la omisión legislativa la que debe ser objeto de análisis.

Por lo anterior, podemos concluir que para este tratadista la censura al legislador sólo se predica en relación con el resultado de la omisión, lo que denomina la norma implícita. Esta teoría aporta un elemento adicional al análisis de la omisión legislativa absoluta, plantea que el silencio del legislador tiene un efecto objetivo sobre la norma constitucional que no ha sido desarrollada creando situaciones jurídicas que impiden la plena eficacia de la norma constitucional. Al respecto señala Villaverde que “el silencio legislativo provoca la aplicación de esa norma implícita, que consiste en la norma jurídica reguladora de la situación jurídica objeto, a un tiempo, del silencio legislativo y la norma constitucional afectada por ese silencio”¹⁴⁸.

Nuestra posición al respecto va más allá, pues consideramos que todo silencio del órgano legislador tiene un efecto inconstitucional independientemente de que el mismo se produzca por que el constituyente no ha establecido ni la obligación ni el termino para legislar o por que habiéndolo establecido, el legislador no ha cumplido con dicha orden, se reclama la actividad del legiferante pues la misma constituye el medio para el desarrollo y la aplicación de los preceptos superiores. Su inactividad impide la concreción de los postulados constitucionales, o dicho de otro modo conlleva el desconocimiento de estos.

La consagración genérica de cualquier derecho en la carta pretende garantizar su aplicabilidad independientemente de que no establezca el mecanismo para lograrlo, en este contexto se reconoce la libertad del legislador de escoger entre diferentes alternativas, una que permita viabilizar operativa y jurídicamente la aplicación de los derechos constitucionales. El legislador puede escoger los mecanismos a través de los cuales el estado canalice su actuar en procura siempre de la materialización del mandato constitucional. Por lo tanto otorgar al legislador la facultad de decidir el momento de instrumentalizarlo no equivale a que el efecto omitido no sea inconstitucional, pues el efecto “dañoso” se presenta frente a la norma no reglamentada, y todo precepto incluido en la constitución debe ser eficaz, sin importar que haya sido el mismo constituyente quien otorgó al legislador la prerrogativa de definir cómo hacerlo.

Con respecto a la facultad conferida por el constituyente al legislador para reglamentar sus mandatos, debemos tener en cuenta dos aspectos: el momento en que debe cumplir el mandato y la facultad de determinar el modo de satisfacer la demanda constitucional, lo que la jurisprudencia denomina reserva legal o facultad de configuración, tema que desarrollaremos más adelante por incluir aspectos políticos y de organización del estado.

¹⁴⁸ Por su parte Fernández Rodríguez señala: (...) “la inconstitucionalidad por omisión la conceptualizamos como la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo de tal forma que se impide su eficaz aplicación” Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión. Op.cit.

Teniendo en cuenta que es ampliamente admitida la tesis de que para la aplicación de los DESEC¹⁴⁹, se necesita el desarrollo legal, el efecto de la omisión legislativa sobre estos resulta determinante, el problema se plantea no en términos de la eficacia de la norma, sino del mecanismo para hacerla efectiva.

Desde esta perspectiva debemos ahora señalar aspectos técnico-jurídicos que impiden la aplicación generalizada de los DESEC, cuando el legislador no ha desarrollado los textos constitucionales que los consagran, toda vez que tales derechos involucran el despliegue de actuaciones positivas por parte del estado para su aplicación. La intervención del legislador resulta necesaria para asignar obligaciones concretas a un órgano estatal, pues no es suficiente la definición del derecho sino que es necesario crear la estructura operacional para su materialización, debido a que el silencio legislativo impide identificar al responsable directo de su garantía (en principio, en todos los casos el estado se encuentra obligado), pero ¿qué estructura operativa tiene asignada una labor específica en relación con un derecho determinado?. En múltiples ocasiones no existe claridad con respecto a indicar a cuál entidad le corresponde hacer efectiva una determinada protección, lo que retarda o en ocasiones imposibilita su eficacia, el pronunciamiento legislativo identifica competencias facilitando la protección del beneficiario.

Por encontrarse los DESEC en la categoría de los derechos prestacionales su efectividad requiere la asignación de recursos. Así las cosas, cuando el legislador tiene una actitud quiescente que impide la posibilidad real de protección de este tipo de derechos¹⁵⁰, su actitud es inconstitucional, con independencia de la forma como el constituyente le haya atribuido la función. En el proyecto constitucional no existe una forma concreta de cómo el estado debe satisfacer estos derechos correspondiendo al legislador establecer la herramienta concreta para ello, de manera que el legislador puede y debe definir formas concretas de garantizar un derecho específico.

La actividad legislativa resulta fundamental con miras al logro de las metas propuestas en la carta política, constituye el elemento práctico normativo que posibilita la aplicación del

¹⁴⁹ Sin embargo, debe aclararse que el reconocimiento de la supremacía constitucional no significa que para el desarrollo de la Carta no sea necesaria la intervención del legislador, Víctor Bazán reconoce que (...)” Todas las normas constitucionales vinculan sin excepción” (...) sin embargo acepta la existencia de diferentes tipos de normas constitucionales, como las programáticas indicando de ellas que: (...) “No contienen auto operatividad, de modo que necesitan de otras normas para adquirir exigibilidad”. Víctor Bazán. Hacia la plena efectividad de los preceptos constitucionales: El control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina en Inconstitucionalidad por omisión. AAVV. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1977; p. 49.

¹⁵⁰“Las decisiones incorporadas a la Constitución por el constituyente, por ser embriones de programas socio-políticos y jurídicos con vocación de permanencia, siempre exigen la emanación de otras normas de nivel inferior, que la proyecten, precisen y viabilicen, precisando sus diversas particularidades”. PARRA, Diego Andrés. “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Perspectivas del problema”. Foro Revista de Derecho No 4 UASB-Ecuador/ CEN Quito, 2005. p.65.

querer del constituyente¹⁵¹. “De este modo la Constitución no solo indica límites a la configuración legislativa de las relaciones sociales, sino que demanda determinada actividad normativa del poder constituido para que dé operatividad al modelo constitucional preconcebido por el constituyente”¹⁵².

El quehacer estatal relacionado con la aplicación de los derechos sociales, económicos y culturales debe tener un marco referente que permita identificar el nivel de prestación, el responsable de ésta y los supuestos de hecho que permitan su exigencia. Las actividades que debe desplegar el estado para garantizar los citados derechos requieren una definición e identificación previa y concreta de aspectos económicos y operativos, que permitan su efectividad.

En este sentido, debemos señalar además que si bien la constitución es el marco dentro del cual debe desarrollarse el orden jurídico que contiene el programa político y la estructura orgánica que lo soporta “no puede establecer todos los pormenores, procedimientos, mecanismos (...) por muy extensa que sea (...), esta no puede explicarlo todo normativamente y deja dicha tarea al legislador (...)”¹⁵³.

Toda vez, que el silencio legislativo, en nuestra opinión, constituye por sí mismo una violación del espíritu de la carta política, puede afirmarse que la intervención del

¹⁵¹ A este respecto puede decirse que “el derecho consagrado en la Constitución es un derecho global, amplio y sin límites precisos y cuyo verdadero alcance por lo menos en sentido formal le corresponde determinarlo al legislador sin poder llegar por ello a desconocerlo o a atentar contra la integridad de la Carta misma. A estos derechos les hace falta una construcción jurídica posterior y práctica que permita que tengan aplicación, es aquí donde la Constitución no aporta soluciones para el común de las gentes y es aquí donde pierde frente a un poder subordinado su verdadero alcance. (...) el derecho está planteando una forma de obligación para el estado y los particulares, sin precisar el grado y contenido mínimo de tal obligación. Los derechos consagrados en la Constitución en forma de principios se caracterizan porque la norma aunque determina de manera global a sus titulares no especifica las circunstancias de aplicabilidad ni el grado de protección a que tienen derecho; (...) la titularidad reside en un grupo que no tiene instrumentos jurídicos inmediatos para lograr su aplicación. Con este tipo de regulación constitucional se corre el riesgo de que quede simplemente escrita, sin que su verdadero alcance social se logre desarrollar; pues cuando el constituyente difiere al legislador la facultad de reglamentar también difiere la aplicación práctica de ese derecho. De otro lado, cuando la Carta establece obligaciones a cargo del estado, por razones funcionales, por lo general no especifica el órgano encargado de su aplicación, y cuando lo hace transfiere a dicha entidad la facultad de reglamentar la forma y los mecanismos necesarios que hagan posible la implementación de tal garantía. En este caso el contenido del derecho es claro y preciso; hay certeza frente a la titularidad del mismo, pero no frente a quien es el obligado a prestar tal servicio, o a cumplir con determinada obligación. GIL BARRETO, José de Jesús. Formulación constitucional de los derechos laborales. Bogotá, 1992. Tesis para optar el título de especialista en derecho laboral. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas; p. 12-14.

¹⁵² *Ibid.*, p. 65.

¹⁵³ RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo A. El control constitucional sobre las omisiones legislativas en Colombia, en: www.uexternado.edu.co/documentos.

legislador frente a los DESEC, resulta necesaria por cuanto: i) posibilita el actuar estatal en la medida que define de manera general la forma como se materializara el mandato constitucional, ii) supera la generalidad de la construcción gramatical del texto constitucional y iii) evita el efecto inconstitucional que surge de la inactividad del legislador.

3.2. Presupuestos de la omisión legislativa inconstitucional

De acuerdo con lo señalado sobre el tema, en nuestro criterio podemos identificar los siguientes presupuestos:

- **Existencia de una norma constitucional, que para su aplicación requiera de un desarrollo posterior.** En este caso se echa de menos la actividad del legislador, dado que las normas constitucionales forman el marco general del ordenamiento jurídico, sin llegar a definir, en el caso de los derechos constitucionales el alcance de los mismos. El precepto superior reclama la intervención del legislador que permita su materialización, la norma constitucional se articula con la realidad, a través de la ley, independientemente de que la necesidad de legislación surja de una obligación impuesta por el constituyente o por la necesidad de definir el sentido y extensión del texto constitucional. Sin embargo para algunos autores debe existir un mandato constitucional concreto. “En sentido jurídico constitucional, omisión significa no hacer aquello a lo que, de manera concreta, se estaba constitucionalmente obligado”¹⁵⁴. En la misma dirección se manifiesta Diego Andrés Parra al señalar que debe haber “una exigencia para que el legislador actúe positivamente,”¹⁵⁵ desde este punto de vista es necesario que la constitución establezca el deber de actuar del legislador. Ahora bien, no compartimos el planteamiento anterior por considerar que la sola existencia de la norma constitucional cuya construcción gramatical no permite su concreción es suficiente para reclamar la intervención del legislativo. El marco constitucional exige plena aplicación, amén de establecer la competencia general del legislador quien como poder constituido por la Carta debe propugnar en el ámbito de su competencia por el cumplimiento del proyecto constitucional.
- **Eficacia limitada de un precepto constitucional.**¹⁵⁶ La textura abierta, general y hasta cierto punto indeterminada de la norma constitucional no contiene los elementos normativos que permitan identificar el alcance de la protección, el responsable de la misma, y las condiciones objetivas para su efectivización, lo que impide la implementación de reglas y enunciados a partir de su texto. Esta

¹⁵⁴ FERNÁNDEZ SEGADO. Op.cit. p.16.

¹⁵⁵ PARRA. Op.cit. p. 81.

¹⁵⁶ “(...) La existencia de unas normas del texto fundamental que requieren *interpositio legislatoris* unido a la dejación del órgano encargado de tal *interpositio* trae como resultado la falta de eficiencia de aquellas normas o una eficiencia minorada”. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Aproximación al concepto... Op.cit. p. 21.

realidad técnica-normativa es la que hace necesaria la intervención del legislador. El derecho existe pero el legislador determina la forma de hacerlo efectivo. El texto constitucional brinda una certeza en relación con el derecho que consagra, el cual resulta incontrovertible para el ordenamiento que debe procurar su garantía, sin embargo, el desarrollo legal crea condiciones objetivas para la aplicación del enunciado constitucional.

- **Actitud quiescente del legislador.** El órgano legiferante no se pronuncia, no despliega su actividad impidiendo hacer efectiva la prerrogativa constitucional. En el caso de los derechos sociales al ser considerados derechos de prestación que involucran acciones positivas del estado, resulta evidente la necesidad de la intervención del legislador. La garantía constitucional toma forma y se materializa a partir de la reglamentación. Se debe superar las construcciones teóricas que emanan de un análisis formal metodológico del texto constitucional, que subordinan la exigencia al legislador de reglamentar, a la forma como el texto constitucional reclama la intervención de aquel. Se impide la realización efectiva del proyecto constitucional el cual se concreta de manera especial en la materialización de las garantías otorgadas, como es el caso de los derechos sociales que conforman el eje social-humanístico del proyecto constitucional.

Una vez analizada la omisión legislativa y su efecto sobre los DESEC a continuación nos detendremos a examinar la estructura del estado colombiano y sus efectos con respecto al cumplimiento de tales derechos consagrados constitucionalmente.

3.3. La institucionalidad y las formas de garantizar los derechos sociales, económicos y culturales

La intervención judicial para reconocer y garantizar los DESEC ha sido objeto de severas críticas, algunas de las cuales se centran en el desconocimiento de principios democráticos (separación de poderes), y de las facultades asignadas al legislador por el propio constituyente, amén de que el aparato judicial al realizar asignación de recursos desconoce que tal competencia corresponde exclusivamente al legislador.

3.3.1 Reserva legal

Como parte del análisis de la omisión legislativa se indicó que en algunas oportunidades el constituyente dispone que únicamente a través de la ley se pueda desarrollar y establecer condiciones con respecto a ciertos derechos. Toda vez que ordena que será la ley la que determine y configure la forma y los mecanismos que concreten el disfrute efectivo de los derechos que incorpora en el texto de la carta, el constituyente asigna exclusivamente a la ley la posibilidad de reglamentar. Esta prerrogativa otorgada al legislador es denominada por la jurisprudencia y la doctrina: reserva legal.

La aplicación del principio de reserva legal tiene aparejada una posición política según la cual: i) Cada órgano estatal tiene una función dentro de la estructura constitucional, por lo tanto, los poderes públicos deben limitar su actuación a los lineamientos generales de su competencia y ii) Las decisiones del órgano legislativo tienen su legitimación en el origen

democrático de su elección y en la asignación de su función por parte del constituyente. La ley protege el querer del constituyente en el sentido que éste fue quien la estatuyó como el medio idóneo para el desarrollo de ciertas garantías contenidas en su proyecto político. La importancia de la reserva de ley radica en no permitir que un poder distinto al legislador concrete un postulado constitucional que el propio constituyente quiso configurar de manera general.

Si bien dicha figura ha impedido que el ejecutivo se arrogue facultades que no le corresponden y reglamente materias reservadas al poder legislativo, también se ha empleado como argumento para descalificar la intervención judicial en los casos de omisión legislativa absoluta, en los cuales el juez ha aplicado el principio constitucional a falta de legislación que permite la realización de un derecho constitucional.

Pero más allá de esgrimir la reserva legal como un arma contra la intervención judicial, debe señalarse que la actividad del legislador en relación con los DESEC resulta necesaria, no porque el juez constitucional esté invadiendo competencias de otro poder soberano, sino que la expedición de una ley sobre el tema eliminaría de tajo todas las interpretaciones que tratan de limitar el alcance de estos derechos constitucionales, además de permitir su exigencia generalizada.

Que el legislador reglamente los citados derechos supera los limitados efectos de una sentencia, potencializa la realización de los valores constitucionales, eliminando al mismo tiempo la valoración del operador jurídico en relación con la fundamentalidad del derecho reclamado o con su conexidad con un derecho fundamental. De esta manera cada derecho económico, social y cultural puede ser considerado exigible, superando las distinciones que sobre estos ha elaborado la propia jurisprudencia.

Desde otro ángulo, la reserva legal constituye un límite infranqueable para que el ejecutivo reglamente ciertos temas que el constituyente reservó al legislativo. Esta distribución límite plantea en sí misma una aporía en relación con la aplicación de los DESEC y la protección que tal limitación conlleva. Sólo el legislador puede “legislar” sobre ellos lo que significa que sus decisiones desde el punto de vista formal son válidas, puesto que respetan el mandato constitucional, pero no hacerlo desconoce la carta política que las legitima y valida.

Dado que, como ya se ha señalado, las normas constitucionales tienen un alto grado de generalidad, los derechos en ellas consagrados pueden ser satisfechos de muy diversas maneras, y será el legislador quien determine el camino para lograr la realización efectiva y generalizada del derecho. Para efectos del presente trabajo, la faceta más importante de la reserva de ley consiste en que ella permite al órgano legiferante establecer la forma como debe garantizarse el derecho o reglamentar una situación definida por la constitución, toda vez que el precepto superior solo identifica el fin perseguido sin incluir el medio para lograrlo, correspondiendo esta tarea a quien reglamenta, de manera que es el legislador el que define la forma como dará cumplimiento al mandato constitucional. Este aspecto llamado por la doctrina libertad de configuración otorga a su titular la

posibilidad de definir cómo y con qué medios se garantizará la protección de un derecho¹⁵⁷.

El aporte del legislador al desarrollo del programa constitucional se concreta, no en el reconocimiento propiamente dicho del derecho (el cual indiscutiblemente corresponde a la constitución), sino en la definición de la manera como se hace efectivo para la totalidad de los individuos, que reclaman la protección de un derecho específico. Esta característica que se evidencia con más fuerza en los derechos sociales, puesto que ellos involucran la realización de una acción material, explica por sí misma la relación entre la reserva de ley y la aplicación de los mencionados derechos. Al respecto precisa la Corte que los DESEC son derechos de configuración legal, “Esto es, le corresponde a la ley definir las condiciones de exigibilidad de las normas, las prestaciones a las que dan lugar, la estructura organizativa necesaria para ponerlos en acto y las fuentes de financiación para hacerlos efectivos” (Sentencia C- 440 de 2011).

En el caso de los derechos prestacionales, la ley define el mecanismo y la forma de cobertura, es por esta razón que la omisión legislativa impide el disfrute del derecho puesto que su realización va más allá del simple reconocimiento. La Corte Constitucional en la sentencia T-428 de 2012 al analizar la justiciabilidad de los derechos fundamentales acepta tácitamente este planteamiento al señalar: (...) “que (i) si bien los derechos sociales están sometidos a un desarrollo legislativo y administrativo para su adecuada garantía, (ii) una vez cumplida esta etapa de concreción normativa, frente a los ámbitos definidos por las ramas legislativa y ejecutiva del poder público, esos derechos se tornan fundamentales y su eficacia puede ser exigida por vía de tutela”.

3.3.2 División de poderes, democracia y efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales

Estatuir diferentes órganos estatales, y asignar funciones especiales a cada uno de ellos es un presupuesto fundamental de los modernos estados de derecho, que buscan, por una parte, evitar la concentración de las decisiones, y con ello la concentración de poder, y por otra, lograr certeza frente al alcance, obligatoriedad y legitimación de su actuar.

En Colombia el artículo 113 de la carta constitucional consagra en el Título V “De la Organización del Estado”, Capítulo 1 “De La Estructura del Estado”, la separación de funciones entre los diferentes órganos estatales, los cuales deberán desarrollar sus competencias en busca de los fines del estado para lo cual deben actuar armónicamente. La aplicación práctica de este mandato constitucional ha permitido, hasta cierto punto, la protección de los derechos ciudadanos basada en la definición previa, tanto del órgano competente, como del procedimiento necesario para su funcionamiento y control. La asignación de precisas competencias a las ramas del poder público tiene necesariamente aparejado para su cumplimiento un mecanismo de control que permita compeler a los

¹⁵⁷ “La reserva de ley es norma de competencia que atribuye a una forma jurídica, la ley, y sólo a ella, el poder de producir un efecto determinado, el cierre de la apertura constitucional querida por un derecho fundamental; y que, además, permite al legislador dentro de ciertos límites configurar según su criterio la forma concreta de realizar ese cierre” VILLAVÉRDE. Op.cit. p. 21.

destinatarios al cumplimiento de las funciones dentro del marco normativo superior, o eliminar del ámbito del derecho las actuaciones realizadas con desconocimiento del mismo.

La relación biunívoca entre asignación de competencias y mecanismos de control constituye el eje central de todo estado de derecho, y soporta de manera estructural el estado social de derecho.

Con base en la teoría de la reserva legal y la de la libertad de configuración, se ha criticado diferentes fallos de tutela de la corte constitucional mediante los cuales el alto tribunal ha protegido los DESEC logrando su efectividad. Se critica que tal protección conlleva obligaciones en cabeza del estado que para su cumplimiento requieren de la disposición de recursos económicos, no siendo competencia de los jueces la de asignar recursos u ordenar gastos. Se reclama el respeto de las competencias legales y constitucionales, dado que el cumplimiento de los mismos garantiza el respecto del principio democrático de la separación de poderes.

La censura a la actividad del órgano judicial como “realizador” de derechos consagrados constitucionalmente, se plantea como una extralimitación o usurpación de funciones lo que en sí mismo constituye una violación constitucional. Se reivindica la competencia del órgano legislativo para adoptar decisiones, las cuales además tienen carácter general. En este contexto se rechaza la actividad judicial cuyas sentencias tienen efectos limitados a las partes, además, desde el punto de vista político el legislador tiene un origen popular que “justifica” sus decisiones.

A este respecto Jesús M. Casal precisa al describir la supuesta violación al principio de separación de poderes que (...) “ha suscitado cierto rechazo la posibilidad de que los órganos judiciales colmen lagunas jurídicas derivadas de la falta de sanción de leyes necesarias para la plena efectividad de preceptos constitucionales” agregando que la necesidad de reglamentación de ciertas materias constitucionales “no excluye la vigencia del principio democrático y del estado de derecho, en virtud de los cuales, el órgano legislativo, como instancia deliberante y representativa, políticamente responsable, debe adoptar las decisiones jurídico-políticas de menor trascendencia, las cuales al quedar plasmadas en leyes, trazan el marco dentro del cual los tribunales han de cumplir las función jurisdiccional (...)”.¹⁵⁸

Ahora bien, quienes atacan la intervención judicial para la defensa de los derechos sociales, económicos y culturales, en los casos de omisión legislativa absoluta, suelen señalar que política y jurídicamente la distribución de los recursos corresponde a órganos elegidos popularmente, parlamento y ejecutivo, que a su vez tienen responsabilidad política por sus actos, responsabilidad que no se reclama de la jurisdicción¹⁵⁹.

¹⁵⁸ CASAL M, Jesús. La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas en www.Juridicas.unam.mx. p. 42.

¹⁵⁹ Para mayor ilustración confrontar a Sandra Morelli Rico en su opúsculo “La Corte Constitucional un papel institucional por definir”. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2011.

Planteamientos como los señalados evidencian la necesidad de reglamentar los DESEC, porque independientemente del peso de la argumentación presentada la misma pone de presente que la omisión legislativa absoluta constituye un fuerte obstáculo para la realización de aquellos. Adicionalmente, importa poner de presente que a pesar de los avances en la concepción de estas garantías, muchas de las cuales se han logrado gracias a la intervención de la Corte, es la propia corporación la que reclama la intervención del legislador para lograr la realización de los derechos sociales prestacionales. Al respecto puntualiza “es indudable que los derechos sociales orientan la actividad del legislador, que debe entonces establecer todas las regulaciones necesarias para la realización efectiva de estos derechos. Es más, conforme a la jurisprudencia de la Corte, la ley juega un papel esencial, a veces ineludible, en la materialización de los derechos sociales, pues “no se ve” como puede dejar de acudir a ella para organizar los servicios públicos, asumir las prestaciones a cargo del Estado, determinar los partidas presupuestales necesarias para el efecto y, en fin, diseñar un plan ordenado (...)”¹⁶⁰.

Pero no basta con la simple definición funcional para que los ciudadanos obtengan la satisfacción de sus necesidades más urgentes. Será necesaria, además, la búsqueda de mecanismos que permitan viabilizar soluciones eficaces, sin desconocer las tradiciones jurídicas nacionales. En este contexto la reserva legal constituye un pilar fundamental del funcionamiento estatal.

Lo anterior demuestra por sí mismo, sin lugar a dudas, las dificultades que se tienen en relación con las construcciones teóricas para la defensa y aplicación de los DESEC por un lado se admite su garantía con la intervención judicial y por otro, se reclama la intervención del legislador.

Dicha dicotomía ha implicado para amplios sectores poblaciones la dificultad de identificar cuáles DESEC pueden ser reclamados por vía judicial, cuándo se tiene derecho a exigir su protección y lo más importante, ha limitado la aplicación material solo a quienes han tenido la oportunidad de acudir al aparato judicial privando de la prerrogativa constitucional a personas que se encuentran en situación de necesidad, por factores económicos, de salud de edad o de desprotección.

El silencio del legislador no permite la creación de una política específica frente a cada uno de los DESEC, puesto que se desconoce el grado de protección y las actuaciones positivas que le son exigibles al estado, con relación a cada derecho, en consecuencia la acción estatal se convierte en una respuesta limitada a una decisión judicial, sin que la misma garantice una protección eficaz y generalizada. La discusión no se plantea solo en términos de competencias funcionales entre judicial y legislativo, sino principalmente, en términos de cobertura específica, dadas las competencias otorgadas a cada órgano estatal y la amplitud de sus decisiones.

Así las cosas, la falta de intervención legislativa impide la materialización del derecho, no porque el ciudadano puesto en ciertas condiciones materiales no pueda acudir a la

¹⁶⁰ Sentencia C- 251 de 1997.

jurisdicción para reclamar su protección, sino porque el estado no ha desplegado acciones generales ex ante para proteger a las personas puestas en condición de vulnerabilidad, circunstancia que repercute en el grado de protección y en el nivel de cobertura

El silencio legislativo convierte la protección de los DESEC, con la intervención judicial necesaria para su efectivización, en una respuesta casuística y aislada, carente de eficacia en términos sociales y económicos, que no permite articular en el tiempo las acciones de los diferentes órganos estatales, con resultados limitados y con supuestos indeterminados¹⁶¹ La intervención legislativa se reclama no porque el ordenamiento no reconozca el derecho consagrado en la carta, sino porque a través de aquella se logra su protección. Solo con la decisión legislativa se inician los procesos tendientes a lograr la protección efectiva y generalizada del derecho constitucionalmente reconocido, pasando así del contenido genérico de la carta a la asignación concreta de responsabilidades con alcance específico, identificando además las circunstancias fácticas que permiten al beneficiario acudir a mecanismos de protección previamente definidos.

Desde el punto de vista del sistema jurídico, se pasa de la protección jurídica abstracta que otorga el precepto constitucional a una situación de disponibilidad eventual de medios materiales para la protección del derecho, la cual se caracteriza por la institucionalización de programas focalizados de acuerdo con criterios definidos previamente por el legislador. La norma constitucional se torna exigible, no solo por la fuerza vinculante de la carta, sino por la existencia de las condiciones objetivas de protección, creadas por el legiferante. En este contexto funcional la intervención estatal debe obedecer a principios de planeación y eficacia, en donde la garantía generalizada del derecho, constituye el eje central de su actuar.

El desarrollo legislativo garantiza: i) una cobertura amplia de los derechos constitucionalmente consagrados, ii) logra en mejor medida la aplicación del principio de igualdad respecto de personas puestas en similares circunstancias de necesidad, y iii) elimina respuestas diferenciadas a situaciones similares.

Bajo los planteamientos expuestos los principios de democracia y división de poderes toman relevancia, reivindicando su aplicación como forma de lograr la materialización del proyecto constitucional, no solo por el origen de quien toma las decisiones sino por la potencialidad de las normas de lograr una cobertura general.

¹⁶¹ En palabras de la Corte Constitucional (...) “en el caso del juez, la realidad del proceso le ofrece una verdad circunscrita a un caso concreto. Al margen de la ley, la justicia económica y social que innovativamente aplique el juez y que se traduzca en prestaciones materiales a cargo del estado, no podrá amparar a todos los que se encuentren en la misma situación del actor y, en todo caso, desconocerá siempre su costo final y las posibilidades de sufragarlo. La justicia material singular que afecta el principio de igualdad, dentro de una visión general, y que, por otra parte, soslaya el principio democrático y pretermite los canales de responsabilidad política dentro del estado, no es exactamente la que auspicia el estado social de derecho ni la que va a la postre a establecerlo sobre una base segura y permanente”. Sentencia SU 111 de 1997.

3.4. El control de constitucionalidad de la omisión legislativa en Colombia y los DESEC

Toda vez, que en nuestro criterio la omisión legislativa absoluta conlleva el desconocimiento de un precepto constitucional, la conducta omisiva del legislador debe ser objeto de control por parte del órgano encargado de preservar la integridad de la Carta.

Sin embargo, la actual constitución colombiana no contempla dentro de su institucionalidad una figura que permita tal intervención¹⁶² veamos: el artículo 241 de la constitución política que establece las funciones de la corte constitucional señala que los mismos deberán desarrollarse (...) “en los estrictos y precisos términos de este artículo.”

Así las cosas, la actividad de la Corte en materia de control de constitucionalidad se enmarca dentro de los siguientes límites, de acuerdo con lo expresado por Rodríguez Navas:

- Verificar como consecuencia de la acción ciudadana, la constitucionalidad de (...) “los actos reformativos de la constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación (numeral 1º.); las leyes, excepción hecha de las estatutarias y las aprobatorias de tratados internacionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación (numeral 4º.); los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno nacional con fundamento en facultades extraordinarias (C.P., artículo 150-10), y los que se expiden en desarrollo del artículo 341 de la constitución política (...) los referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos de orden nacional (...) los decretos con fuerza de ley a los que se refieren los artículos 5º, 6º Y 8º transitorios (...) al igual que todos los dictados con fundamentos en los artículos 23 y 24 transitorios”.
- De manera oficiosa: “de los actos de convocatoria a un referendo o asamblea constituyente para reformar la constitución (...) los proyectos de leyes estatutarias (...) las leyes aprobatorias de tratados internacionales (...) decretos legislativos dictados por el gobierno en desarrollo de los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución”.
- “Con ocasión de las objeciones que por inconstitucionalidad formula el gobierno y que sean desestimados por el Congreso”.
- “En forma selectiva decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela”¹⁶³

¹⁶² “La constitución política de Colombia no autoriza de manera expresa el control constitucional de las omisiones inconstitucionales”. *Ibíd.*, p. 189.

¹⁶³ RODRÍGUEZ NAVAS, Jaime Enrique. *Dinámica del control de constitucionalidad en Colombia*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2006. p.39 y 40.

Adicionalmente también realizan control constitucional: i) el consejo de estado “sobre las acciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional cuya competencia no corresponde a la corte constitucional”, ii) “los jueces de la república cuando deciden acciones de tutela iii) los tribunales administrativos (...) “sobre los actos de las asambleas, y los consejos municipales” (...)”¹⁶⁴.

Bajo estos parámetros se puede afirmar que el actual control constitucional en Colombia se basa en la comprobación de que los actos jurídicos que forman el ordenamiento legal, se ajustan a los valores y principios superiores, el elemento indispensable para realizar la labor de verificación lo constituye la norma que se busca validar, la cual se “compara” con la norma constitucional, para establecer su conformidad con el texto emanado del constituyente, lo que se controla es el texto mismo de la norma, la supremacía constitucional se evidencia eliminando del ordenamiento jurídico, toda disposición que le sea contraria.

El actuar del juez constitucional requiere del accionar previo de otro órgano estatal, órgano que puede de manera oficiosa poner en movimiento el control de constitucionalidad o generar con sus actuaciones (legislando) la intervención ciudadana en procura de la salvaguardia constitucional. Esta afirmación encuentra respaldo en la propia corte constitucional que al respecto señala: (...) “dado que es la esencia del juicio de constitucionalidad la existencia de una norma legal específica como referente sobre el cual debe recaer el análisis”¹⁶⁵

En lo que tiene que ver con las omisiones legislativas la Corte en muy diversas sentencias ha reconocido su competencia para conocer y fallar sobre una de sus modalidades¹⁶⁶, cuando se presentan las siguientes condiciones: (...) “i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellas cosas que, por ser asimilables, tengan que estar contenidas en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita, incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la carta; iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma y v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”¹⁶⁷ las cuales constituyen los elementos de la denominada omisión legislativa relativa y presupone la existencia previa de la norma

¹⁶⁴ *Ibíd.*, p. 40 y 41.

¹⁶⁵ Sentencia C-533 de 2012.

¹⁶⁶ Sobre omisión legislativa relativa ver sentencias C-555 de 1994, C-545 de 1994, C-473 de 1994, C-247 de 1995, C-146 de 1996, C-311 de 2003, C-871 de 2002, C-836 de 2002, C-809 de 2002, C-284 de 2002, C185 de 2002, C-155 de 2002, C-635 de 2002, C-543 de 1996.

¹⁶⁷ Sentencia C-895 de 2012.

demandada. Con el control sobre las omisiones legislativas relativas la Corte busca garantizar, por un lado, que las normas del sistema no desconozcan los criterios del constituyente respecto del tema que se legisla y, por otro, que se dé plena aplicación a los principios de igualdad y dignidad humana.

Dentro de este marco normativo y jurisprudencial no aparece la posibilidad de control frente a la omisión legislativa absoluta.¹⁶⁸

La no inclusión dentro de las facultades de la corte constitucional como máximo órgano encargado de garantizar la integridad de la Carta, de la posibilidad de ejercer control sobre la actitud omisiva del legislador, ha permitido que el legislador no reglamente íntegramente la forma de aplicación y el alcance real de los DESEC. La no existencia de mecanismos alternativos para compeler al órgano legislativo a expedir normas que posibiliten la efectivización de los citados derechos sumada a la concepción de que los derechos sociales que implican una actividad positiva del estado solo pueden ser exigidos previa expedición de la ley correspondiente, ha traído como consecuencia inevitable la aplicación restringida de los derechos económicos, sociales y culturales.

En este orden de ideas, tanto el marco jurídico formal, como la dogmática jurídica se han erigido en obstáculos reales frente a los DESEC, derechos que constituyen un elemento fundamental del proyecto constitucional surgido en 1991. Este planteamiento tiene plena demostración en sentencias de la corte constitucional, tanto en las que se refiere a la posibilidad de aplicación autónoma de este tipo de derechos contenidos en el precepto constitucional sin la expedición de la ley, como en las que aborda el tema de la omisión legislativa absoluta, veamos:

Respecto a la aplicación efectiva de los DESEC nos remitimos a lo señalado en partes precedentes¹⁶⁹. Frente a la omisión legislativa absoluta el tribunal constitucional colombiano ha mantenido una posición clara, según la cual carece de competencia para conocer de demandas por este tipo de omisión¹⁷⁰. El análisis realizado por la Corte parte

¹⁶⁸ Al respecto señala la Corte que dentro del control que emerge como consecuencia de la acción pública de inconstitucionalidad (...) “hay que excluir (...) el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta”. Sentencia C-600 de 2011.

¹⁶⁹ Ver capítulo II.

¹⁷⁰ (...) “las omisiones absolutas (tal como lo reconoce la doctrina) consisten en la falta total de regulación normativa, (...) como la ausencia total de normatividad no puede ser cotejada con ningún texto, incluido el de la constitución (...) el juez constitucional se encuentra impedido para ejercer el juicio correspondiente” (...) Sentencia C-600 del 2011. La Corte en reciente sentencia señala: (...) “la Corte ha establecido desde las sentencias C- 0733 y C-543 de 1996 que cuando la demanda se estructura sobre la base de la omisión legislativa absoluta, es decir cuando existe ausencia total de legislación, no se cuenta con un parámetro normativo para realizar el control y por ende la demanda no procede en este caso por que la Corte carece de competencia para realizarlo”. Sentencia C-489 de 2012. También se puede ver las sentencias C-543 de 1996, C-146

sólo del supuesto según el cual para que pueda existir control constitucional debe existir una norma a comparar con la norma constitucional, no teniendo en cuenta otros aspectos, tales como, la imposibilidad de aplicación del mandato constitucional por la carencia de norma que los implemente o desarrolle. No se analiza el efecto material de la omisión, lo que a nuestro modo de ver conlleva que no se logre garantizar el cumplimiento de la norma superior, por lo tanto no se reconoce el efecto “paralizador” de la inacción del legislador en relación con la aplicación del derecho, lo que en sí mismo constituye un incumplimiento del deber de garantizar la guarda e integridad de la Constitución a la luz del artículo 241 de la constitución política actual.

En el caso de la omisión legislativa absoluta el efecto nocivo para el orden constitucional es el que reclama la intervención del juez constitucional, por lo tanto el elemento que debe soportar el análisis no es de la norma, sino la consecuencia del no actuar del legislador frente a la norma superior.

En este orden de ideas, la ecuación del control constitucional bien podría: ser cotejo de la norma constitucional frente su aplicación efectiva del derecho, en vez de la ecuación que predica la Corte de: cotejo de la norma legislativa frente a la norma constitucional, lo que permitiría el efectivo cumplimiento del derecho consagrado por el constituyente, se reivindica el cumplimiento del poder constitucional por encima del cumplimiento de las formas.

3.5 Reglamentación ¿un cambio hacia la universalización de los derechos sociales, económicos y culturales?

Lo señalado en apartados anteriores pone de presente los diferentes obstáculos que dentro del marco normativo actual, impiden la realización efectiva de los DESEC, esta circunstancia evidencia i) la necesidad de adaptar en el ordenamiento jurídico colombiano un cambio en la concepción del control constitucional y ii) la conveniencia de expedir una norma que de manera general reglamente la garantía de todos los derechos sociales establecidos en la Carta, evitando de esta forma la eterna discusión sobre la exigibilidad de estas garantías constitucionales poniendo fin al efecto restrictivo de la actitud quiescente del legislador, el cual ha sido morigerado por teorías como la de Arango quien considera que los derechos sociales fundamentales son verdaderos derechos subjetivos y por lo tanto exigibles, o por la corte constitucional al tutelar ciertos derechos sociales teniendo en cuenta su conexidad con un derecho fundamental.

Uno de los mejores ejemplos de la dificultad frente a la exigencia, alcance y garantía, y a pesar de los pronunciamientos de la corte constitucional, de un derecho considerado prestacional y que se encuentra dentro de los DESEC, es el derecho a la salud. Dado

que su desconocimiento total o parcial es común, la tutela¹⁷¹ se ha convertido en el único medio a través del cual se logra su protección, lo anterior demuestra la que la necesidad de reglamentar vía Congreso de la República los derechos sociales.

Así las cosas, el gobierno presentó un proyecto de ley estatutaria que regula el derecho fundamental a la salud¹⁷² en procura de lograr certeza en relación con su alcance exigibilidad, beneficiarios y obligados, con el fin de lograr su protección de manera autónoma y sin que sea necesario para su protección que exista conexión con otro derecho considerado fundamental.

Todo lo anterior, demuestra que existe en el tema de los derechos sociales un rompimiento factual entre la norma constitucional y su materialización universal, lo que no implica que el sistema jurídico colombiano no respete la fuerza normativa de la constitución y que esta sea la “norma de normas”, si se tiene en cuenta que la Corte ha garantizado a través de la tutela al respecto de los derechos sociales en casos particulares.

La verdadera dificultad consiste en la efectivización generalizada de tales prerrogativas, lo que está en entredicho no es la vigencia del derecho como tal sino su grado de cobertura, se echa de menos la gestión estatal coordinada y permanente encaminada a garantizar la satisfacción efectiva del derecho. La indeterminación del alcance de la obligación y del obligado dificulta la exigencia y el reconocimiento de la violación, amén de que no se conoce dónde empieza y termina el derecho del beneficiario.

Las debilidades señaladas en relación con la materialización de los derechos sociales, económicos y sociales pueden ser superadas con la expedición de una ley sobre el tema con lo cual, en nuestro criterio, se obtendría entre otros los siguientes beneficios:¹⁷³

- Cobertura generalizada, no restringida a las personas que se encuentran en la “situación límite” posibilitando la exigencia de la garantía a un mayor número de personas.

¹⁷¹ “Durante el primer semestre de 2013 se interpusieron 222.340 tutelas, de las cuales 56.500 involucran el derecho a la salud, lo que representa 9.500 tutelas mensuales por este concepto”. *Ámbito Jurídico*, sep. 5 de 2013.

¹⁷² Por tratarse de una ley estatutaria, debe ser revisada para su expedición por la corte constitucional de acuerdo con el artículo 241 numeral 8, CP. Toda vez que a la fecha no se ha culminado con este procedimiento, se desconoce si el texto aprobado por el Congreso pasará el examen de constitucionalidad, tampoco se conoce el número con el que eventualmente sea promulgada.

¹⁷³ El senador Carlos Gaviria Díaz presentó un proyecto de ley mediante el cual buscó reglamentar “la protección judicial de algunos derechos”, creando para el efecto la acción de tutela social, mediante la cual se podían proteger los derechos a la alimentación, a la salud, a la educación, al trabajo, a la seguridad social y a la vivienda, entre otros. El citado proyecto quiso definir el alcance de los derechos sociales mencionados y establecer sanciones en caso de incumplimiento y reincidencia. Con el argumento del costo fiscal que implicaría la puesta en marcha de los preceptos que dicho proyecto contemplaba, el mismo fue archivado.

- Crear mecanismos de coordinación institucional permanentes, respetando la asignación funcional y presupuestal, que según lo indicado en páginas precedentes, corresponde a la ley.
- -La asignación de recursos permitiría el desarrollo de políticas públicas y el respaldo operacional necesario para su concreción.
- Definir el contenido mínimo de cada derecho, independientemente de las condiciones particulares del reclamante, siempre que se den los presupuestos para su reconocimiento.
- Garantizar el desarrollo del proyecto social constitucional, toda vez que dicha ley debe ser revisada previamente por la corte constitucional, quien deberá determinar su plena relación con los principios y valores de la Carta, es decir que sea el instrumento de realización de la "utopía" de un ser humano digno dotado de condiciones materiales que le permitan actuar según sus propias preferencias y creencias.
- Crear instrumentos propios de exigibilidad o en el peor de los casos, superar la discusión en relación con la exigibilidad directa de tales derechos.

Otro mecanismo para contrarrestar los efectos negativos de la omisión legislativa es la creación del control constitucional sobre el actuar omisivo del legislador, el cual debe incluir además, las potestades del juez constitucional en caso de que el legislador no reglamente las normas superiores que requieren su intervención. El alcance, la definición de quien puede incoar la solicitud para el inicio de la acción, el trámite y sus efectos, y las autoridades de quien se predica la omisión, puede variar dependiendo de la estructura constitucional y del nivel de garantía que se quiera proteger, por lo que se considera conveniente, para mayor ilustración, señalar algunos aspectos de esta figura en el derecho comparado:

PAÍS/ CONSTITUCIÓN	NORMA	ASPECTOS GENERALES
COLOMBIA Constitución de 1991 39 reformas.	No incluye este tipo de control constitucional	<ul style="list-style-type: none"> • C 867 de 1999 "Si se analizan las funciones atribuidas a la Corte Constitucional en el artículo 241 de la Constitución, puede advertirse que ninguna de ellas la autoriza para fiscalizar o controlar la actividad legislativa por fuera de los términos señalados".
COSTA RICA Constitución de 1949. 54 reformas. 2009	El artículo 75 inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional	<ul style="list-style-type: none"> • Contempla la omisión legislativa no sólo contra leyes, sino también contra disposiciones administrativas, emanadas tanto del Poder Ejecutivo como de la Administración descentralizada. Ejemplo Omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar la Ley de Equilibrio Financiero. • Otorgó un plazo de dos meses al Poder Ejecutivo para que cumpliera con tales obligaciones legales
PORTUGAL Constitución: 25 de abril de 1976 , revisado el 30 de octubre de 1982, 1 de junio de	Art. 279, 283. Constitución. (De la inconstitucional	<ul style="list-style-type: none"> • A requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, por razón de violación de derechos de las regiones autónomas, de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional examina y comprueba el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas

PAÍS/ CONSTITUCIÓN	NORMA	ASPECTOS GENERALES
1989, 5 de noviembre de 1992, 1997, 2001 para el tribunal penal de La Haya y 2004 para las autonomías de Azores y Madeira. 2005 para permitir el referéndum sobre la Unión Europea.	dad por omisión)	<p>legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuando el Tribunal Constitucional compruebe la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente. • Facultad de recomendar al legislativo dictar las normas dentro de un plazo razonable.
VENEZUELA Constitución de 1999.	Artículo 336.- 7. Constitución. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:	<ul style="list-style-type: none"> • Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador o la legisladora nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.
YUGOSLAVIA Constitución de 1974.	Artículo 377. Constitución. DEROGADA	<ul style="list-style-type: none"> • Si el tribunal de garantías de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligados a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia. • Se aplicaba en casos de omisión en el dictado de otro tipo de normas. No solo leyes.
BRASIL Constitución de 1988.	Artículo 102. Constitución. Competencia del Supremo Tribunal Federal conocer:	<ul style="list-style-type: none"> • Los "mandados de injuncao", cuando la elaboración de la norma reglamentaria estuviese atribuida al Presidente de la República, al Congreso Nacional, a la Cámara de Diputados, al Senado Federal, a las mesas de una de esas Cámaras Legislativas, al Tribunal de Cuentas de la Unión a uno de los Tribunales Superiores, o al propio Supremo Tribunal Federal • "Mandados de injuncao", acción en cabeza del titular de un derecho inviable por cualquier omisión legislativa, para conferir inmediata aplicabilidad a la norma constitucional.
ARGENTINA (Provincia de Río Negro) Constitución de 1988	Artículo 207.- Constitución. El Superior Tribunal de Justicia	<ul style="list-style-type: none"> • En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida -exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. • El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. • En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina

PAÍS/ CONSTITUCIÓN	NORMA	ASPECTOS GENERALES
	atribuciones:	el monto del resarcimiento a cargo del Estado , conforme al perjuicio indemnizable que se acredite inferiores, salvo que éstos tengan otro superior común
MÉXICO (Estado de Veracruz) Reforma Constitución de 2008.	Artículo 64. Constitución. El Tribunal Superior de Justicia contará con una Sala Constitucional, para:	<ul style="list-style-type: none"> • III. Sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y las acciones por omisión legislativa, y formular los proyectos de resolución definitiva que se sometan al pleno del Tribunal Superior de Justicia

La inclusión del control de constitucionalidad a la omisión legislativa en el ordenamiento constitucional, trae aparejada una nueva concepción del papel del tribunal constitucional, bajo este nuevo modelo además de la tradicional función del legislador negativo tendrá funciones de legislador positivo, así las cosas, no solo podrá eliminar del ordenamiento jurídico las normas que contraríen la carta superior, sino que también deberá tener la facultad de dictar la norma que reclama el texto constitucional para su plena aplicación.

El objeto de control será el efecto contrario a la Carta que el silencio del legislador provoca, la censura se predica ya no de la norma, en este evento, será la imposibilidad de aplicar un derecho constitucional por falta de acción del legiferante, el elemento sobre el que recae el análisis constitucional, la ausencia de norma, podrá ser fundamento para “obligar” al legislador a actuar o para que el propio juez dicte la norma ausente.

Bajo este modelo el control constitucional se perfecciona, la protección del texto constitucional es mayor, el actuar omisivo que impide la concreción del proyecto constituyente *sine die* es desplazado por la norma creada por el propio legislador como consecuencia de la sentencia, o por la dictada por el tribunal constitucional. Teniendo en cuenta los obstáculos jurídicos prácticos para la aplicación de los derechos sociales que se presentan como consecuencia de la omisión legislativa absoluta, resulta evidente que todo sistema de control constitucional que no reconozca una forma de control sobre la omisión del legislador es incompleto, pues solo realiza el trabajo de guarda de la Constitución desde una de las posiciones que puede tener el legiferante, la activa cuando legisla, quedando sin control un gran campo de acción dentro del que se mueve impunemente el legislador, la omisión.

La Constitución adquiere una nueva dimensión que reivindica su plena realización material por cuanto sus disposiciones no están supeditadas a la voluntad de quien legisla, en el caso de la omisión, el juez debe controlar su realización efectiva más que el contenido de la norma legislada.

El control constitucional sobre los silencios legislativos contempla un doble aspecto: 1) político, debido a que el texto constitucional establece un poder con la facultad de reglamentar el contenido de sus normas y 2) jurídico, el resultado del no actuar del legislador que implica el desconocimiento concreto, por lo menos para la gran mayoría, de un derecho constitucional, podría ser modificado por el juez de constitucionalidad.

Así, el reproche recae sobre la actitud del legislador, al tomar una posición política respecto de la norma superior, no legislar, actitud que por otro lado conlleva el desconocimiento al planteamiento político del constituyente plasmado en norma constitucional.

En lo jurídico la actitud omisiva del legislador tiene como efecto práctico la no aplicación plena y generalizada de una norma constitucional, así las cosas, el control político y jurídico se mezclan indisolublemente en el control de las omisiones legislativas, circunstancia que define y justifica su implementación.

El control de constitucionalidad por omisión legislativa permite al sistema jurídico una “corrección automática” encaminada a garantizar la efectividad del texto superior, efectividad que puede estar “suspendida” por la inacción legislativa, la voluntad del constituyente expresada a través de la norma debe ser siempre cumplida a pesar de la omisión del legislador, la cual puede crear o mantener situaciones contrarias a la carta política.¹⁷⁴

¹⁷⁴ “El silencio del legislador no puede ser un ámbito de inmunidad del poder legislativo (...) VILLAVERDE. Op.cit.p. 6.

4. Conclusiones

Los derechos sociales, económicos y culturales constituyen la forma jurídica como la sociedad, a partir del reconocimiento de las diferencias de las condiciones materiales de vida, da aplicación al principio de solidaridad y busca otorgar condiciones materiales que permitan a cada ser humano desarrollar su proyecto de vida de acuerdo con sus propias convicciones. El concepto de derechos sociales supera la visión del estado liberal, en el que la garantía de las libertades personales y la limitación y control a los poderes del gobernante, conforman el eje central del sistema constitucional, se supera el paradigma de igualdad formal frente a la ley para procurar brindar igualdad material a quienes por razones sociales, económicas, culturales de edad o salud, no pueden procurarse por sí mismos condiciones adecuadas de vida.

El nuevo derecho constitucional ha permitido superar el formalismo procedimental y garantizar la efectividad de las normas constitucionales, sin embargo la forma general y poco precisa como están redactadas, ha dificultado la materialización generalizada de los derechos sociales, toda vez que por implicar acciones positivas por parte del Estado, es necesario tener seguridad y precisión en relación con las condiciones, cobertura y alcance de cada derecho, lo que en la práctica no ha permitido su efectividad real, se parte del reconocimiento de la garantía así como del poder vinculante de la norma superior, pero se reconoce también la imposibilidad de su aplicación, situación que es reconocida y avalada por la doctrina al considerar que este tipo de derechos surgen de las denominadas cláusulas programáticas que no implican por sí mismas una obligación específica y concreta frente a cada garantía, toda vez que constituyen directrices generales del programa constitucional.

La protección judicial realizada por la Corte Constitucional, si bien ha logrado garantizar en algún grado los DESEC a través de la tutela, la cobertura de la protección se ha limitado a quienes han adelantado la citada acción. Sin embargo a la mayoría de la población en condiciones de necesidad no se han irradiado los beneficios que los derechos sociales suponen, al no poseer el Estado lineamientos claros ni obligaciones específicas, como consecuencia de la falta de pronunciamiento del órgano legislativo.

La ausencia de un mecanismo de control sobre las omisiones legislativas absolutas dentro del orden constitucional colombiano, no ha posibilitado la cobertura efectiva y universal de los derechos sociales, teniendo en cuenta que se acepta la necesidad de desarrollo legislativo, para la asignación de recursos y de entes responsables para su efectiva realización, el desarrollo conceptual que inspira la norma constitucional se enfrenta a las dificultades de orden práctico que se originan en las formas jurídicas. El sistema jurídico debe buscar mecanismos que permitan dar soluciones prácticas a las necesidades del grupo social, acogiendo nuevas formas de control, asignando nuevos

roles al poder judicial y creando instrumentos que permitan forzar al legislador a expedir la reglamentación que el texto constitucional reclama.

El no hacer legislativo respecto con respecto a los derechos sociales, económicos y culturales constituye en sí mismo la adopción de una posición política sobre el tema, el legislador ha decidido guardar silencio como una forma de no viabilizar una norma constitucional, su no intervención tiene un efecto inconstitucional sobre el grado de cobertura de cada derecho, pues limita sin razón su disfrute generalizado.

Bibliografía

Ámbito Jurídico. Septiembre 5 de 2013. Disponible en: <http://www.ambitojuridico.com>

AAVV. Inconstitucionalidad por omisión. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1977.

AAVV. Interpretación y génesis de la constitución de Colombia. Bogotá: Editorial Carrera 7, 1992.

AAVV. Lecciones de Derechos Sociales. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Chistian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

AÑÓN ROIG, M^a José, GARCÍA AÑÓN, José, DE LUCAS, Javier. Lecciones de Derechos Sociales. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2004.

ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis Editores, 2005.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime. La independencia judicial y el neoconstitucionalismo. Trabajo de posesión como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá, 26 de marzo 2009. Disponible en: http://www.acj.org.co/o/activ_acad.php?mod=posesion%20arrubla%20paucar

BARROSO, Luís Roberto. El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho. El triunfo tardío del Derecho constitucional en Brasil. Revista de Derecho, Universidad de Montevideo. 2007. Año VI No. 12. Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Barroso-El-neo-constitucionalismo-y-la-constitucionalizacion-del-Derecho-El-triunfo-tardío-del-Derecho-constitucional-en-Brasil.pdf>

BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo a debate. Temas de Derecho Público No.78. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006.

BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

BONILLA MALDONADO, Daniel. Justicia constitucional y diferencia cultural, en Justicia constitucional y democracia en el siglo XXI. AA VV Duque Sandoval Óscar, Tovar Luis Freddyur (Comp.) Cali: Universidad Autónoma de Occidente, 2009.

CAMARGO, Pedro Pablo. Derecho Constitucional. Bogotá: Editorial Lerner, 2009.

CARBONELL, Miguel. Derechos sociales y derechos de las minorías. México: Editorial Porrúa, 2004.

CARRILLO DE LA ROSA, Yesid. Teoría y filosofía del derecho. En: Saber Ciencia y Libertad. Revista del Centro de Investigaciones de la Universidad Libre, Cartagena, vol. 5 No.1 (Ene-Jul. 2010).

CASAL M, Jesús. La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr4.pdf>

CASTAÑO ZULUAGA, Luis Ociel. Poder Judicial democracia y control de constitucionalidad. Bogotá: Editorial Leyer, 2010, p 237.

CASTRO PATIÑO, Iván. La inconstitucionalidad por omisión: una reforma necesaria en la constitución ecuatoriana. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (2003); p. 26 y ss. Disponible en: www.corteidh.or.cr/tablas/27230.pdf

CASTILLO PATIÑO, Iván. Clasificación de las normas constitucionales. Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2004/17/17_Clasificacion_Normas_Constitucionales.pdf

CEPEDA E., Manuel José, Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991. Bogotá: Temis, 1992, p. 8.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. El constitucionalismo de la pobreza. Dereito, vol. IV No. 2. 1995 p. 53. Disponible en: http://minerva.usc.es/bitstream/10347/2233/1/pg_055-080_dereito4-2.pdf

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. Artículos 1 y 2. Disponible en: <http://colombia.justia.com/nacionales/constitucion-politica-de-colombia/titulo-i/>

COLOMBIA. Constitución de Colombia. Capítulo II. Título 2. De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales (Artículos 42 al 77). 1991. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.htm

COURTIS, Christian. Cómo vigilar el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales (p. 461-488). En: Derechos

económicos, sociales y culturales. Cátedra Gerardo Molina. Universidad Libre de Colombia. Bogotá: Editorial Kimpres, 2009.

COURTIS, Chistian. El mundo prometido. México: Editorial Distribuciones Fontamara, 2009.

COURTIS, Christian. En AA VV. Teoría del neoconstitucionalismo ensayos escogidos. , Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CRUZ M, Luis. Estudios sobre neoconstitucionalismo. México: Ed. Porrúa, 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio, RECASENS SICHES, Luis. "Filosofía del Derecho" y "Estudios de Filosofía del Derecho". Tomo I, p. 353. México: UTEHA, 1946.

DUQUE SANDOVAL, Óscar, TOVAR, Luis Freddyur, La garantía de la interpretación constitucional, en Justicia Constitucional y Democracia en el siglo XXI AA VV DUQUE SANDOVAL Óscar, TOVAR, Luis Freddyur (Comp.). Cali: Universidad Autónoma de Occidente, 2009.

ESTRADA VÉLEZ, Sergio. Algunas falacias del principio de primacía constitucional. Revista de Derecho, Universidad del Norte. No 28. Barraquilla, 2007.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. La inconstitucionalidad por omisión. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión. Disponible en: www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/aproximacion_al_concepto.pdf

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La inconstitucionalidad por omisión. ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socio-económica?". En: Inconstitucionalidad por omisión. BAZÁN, Víctor (Coord.). Bogotá: Ed. Temis, 1997.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación constitucional, México, 2005.

FLÓREZ MUÑOZ, Daniel E. Los desafíos del nuevo derecho y el imperialismo constitucional en Colombia. 2010. Disponible en: www.razonpracticayasuntospublicos.com.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. El nuevo derecho en Colombia. Revista de Derecho. Universidad del Norte. No. 29. Barranquilla, 2008.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Constitución como provisión e irradiación constitucional sobre el concepto de neoconstitucionalismo. Estudios de derecho. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. No. 146. 2008.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?" En: El canon neoconstitucional. VV.AA. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

GIL BARRETO, José de Jesús. Formulación constitucional de los derechos laborales. Bogotá, 1992. Tesis para optar el título de especialista en derecho laboral. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

GÓMEZ ISAZA, María Cristina. El concepto de estado social de derecho como argumento para negar o conceder derechos sociales en justicia constitucional en el siglo XXI. DUQUE SANDOVAL, Óscar y TOVAR, Luis Freddyur (Comp.). Cali: Universidad Autónoma de Occidente, 2009.

GÓMEZ ISAZA, María Cristina. El concepto de estado social de derecho como argumento para negar o conceder derechos sociales. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, 1992- 2003. En: AA. VV. Justicia constitucional y democracia en el siglo XXI. DUQUE SANDOVAL, Óscar y TOVAR, Luis Freddyur (Comp.). Cali: Universidad Autónoma de Occidente, 2009.

KANT, Emmanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres y otros escritos. México: Ed. Porrúa, 1990.

LÓPEZ CALERA, Nicolás. "Sobre los derechos colectivos". En: Una discusión sobre los derechos colectivos. AAVV. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Madrid: Dykinson, 2001.

LÓPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces. Bogotá: Legis Uniandes, 2006.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.

LOZANO, Carlos Augusto. "Teoría dogmática de los derechos humanos" (39-60). En: Derechos económicos, sociales y culturales. Cátedra Gerardo Molina. Universidad Libre de Colombia. Bogotá: Editorial Kimpres, 2009.

MORA RESTREPO, Gabriel. Neoconstitucionalismo y razonabilidad práctica. Dikaion. Año 23 No. 18. Chía: Universidad de La Sabana, 2009.

MORA RESTREPO, Gabriel. Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Buenos Aires: Editorial Marcial Pons, 2009.

MORELLI RICO, Sandra. La Corte Constitucional un papel institucional por definir. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2011.

NOGUERA-FERNÁNDEZ, Albert; CRIADO DE DIEGO, Marcos. “La constitución colombiana de 1991 como punto de inicio al nuevo constitucionalismo en América Latina”. Bogotá: Revista Estudios Socio Jurídicos, Universidad del Rosario, vol.13, No. 1. 2011.

ORDÓÑEZ, Jaime. Los derechos fundamentales como referente del paradigma de ciudadanía civil y de la definición de la frontera de exclusión social. Disponible en: www.flacsoandes.org/biblio/catalog/resGet.php?resId=20931 p. 94.

PARADA CAICEDO, Juan Bautista. Trabajo de posesión como miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá (abril 23 de 2009). Disponible en: http://www.acj.org.co/o/activ_acad.php?mod=posesion%20parada%20caicedo

PARDO SCHLESINGER, Cristina, PARRA DUSSÁN Carlos. [Teoría constitucional. Liber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo](#) Mesa. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.

PARRA, Diego Andrés. “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Perspectivas del problema”. Foro revista de derecho No 4 UASB-Ecuador/ CEN Quito, 2005. Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1774/1/RF-04-TC-Parra.pdf>

PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Colección Estructuras y Procesos. Derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

POZZOLO Susana.. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Revista Doxa (21 II. 1998). Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142012.pdf>

PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: AFDUAM 5 (2001) Disponible en: <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111%28201-228%29.pdf>

PRIETO SANCHÍS, Luis. Los derechos sociales y el principio de igualdad en AA VV. Derechos sociales y derechos de las minorías. México: Ed. Porrúa, 2004.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores, 2007.

RADBRUCH, Gustav. Introducción a la filosofía del derecho. México: Fondo de Cultura Económica. 1º. Ed. 1951. Publicado en books.google.com › Philosophy › General.

RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo A. El control constitucional sobre las omisiones legislativas en Colombia. Disponible en: www.uexternado.edu.co/documentos.

REINA CASTILLO, Olivia. La protección judicial de los derechos sociales. Bogotá: Editorial Leyer, 2004.

RODRÍGUEZ NAVAS, Jaime Enrique. Dinámica del control de constitucionalidad en Colombia. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2006.

RODRÍGUEZ ORTEGA, Julio Armando. Los derechos fundamentales en Colombia, Bogotá: Editorial Leyer, 1997.

ROOSEVELT, Franklin D. Segunda carta de derechos. Decimoprimer mensaje anual al congreso de los Estados Unidos (11 de enero de 1944). Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Discurso_de_Franklin_D._Roosevelt_sobre_la_Segunda_Carta_de_Derechos

SANTIAGO, Alfonso. Neoconstitucionalismo. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional (3 de abril de 2008). Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Buenos Aires. Disponible en: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>

SERNA BERMÚDEZ, Pedro. Introducción en AA VV. Neoconstitucionalismo y estado de derecho. México: Limusa Noriega Editores, 2006.

SUÁREZ SEBASTIÁN, María del Pilar. "Aspectos fundamentales de los DESC" (61-111). En: Derechos económicos, sociales y culturales. Cátedra Gerardo Molina. Universidad Libre de Colombia. Bogotá: Editorial Kimpres, 2009.

TAJADURA TEJADA, Javier. La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales. Disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la_inconstitucionalidad_por_omisi__n_y_los_derechos_sociales.pdf

TEUBNER, Gunther. El Derecho, un sistema autopoietico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

TORBISCO CASALS, Neus. El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas en AA VV. Derechos sociales y derechos de las minorías. México: Ed. Porrúa, 2004.

TORRES ESTRADA, Pedro. Neoconstitucionalismo y estado de derecho. México DF: Noriega Editores, 2006.

UPRIMMY, Rodrigo. La constitución de la diversidad. Disponible en: <http://www.viva.org.co/cajavirtual/svc0020/articulo02.pdf>

VILLAVERDE, Menéndez Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Marfa Impresión SL., 2006.

Sentencias consultadas de la Corte Constitucional de Colombia

T 406 de 1992; T-329 de 1993; C 542 de 1993; T-406 de 1993; T-597 de 1993; C-335 de 1994; C-555 de 1994; C-545 de 1994; C-473 de 1994; C-247 de 1995; C-146 de 1996, C-543 de 1996; C-339 de 1996; C-215 de 1996, C- 0733 de 1996; T-465 de 1996; C-239 de 1997; C-251 de 1997, SU 111 de 1997; C-146 de 1998; C-407 de 1998; C-396 de 1999; T-670 de 1999.

C-037 de 2000; C-235 de 2000; T-618 de 2000; T-1430 de 2000; C-246 de 2001; T-075 de 2001; T-958 de 2001; C-871 de 2002; C-836 de 2002; C-809 de 2002; T-881 de 2002; C -284 de 2002; C185 de 2002; C-155 de 2002; C-635 de 2002; C-311 de 2003; C-104 de 2004; T-116 de 2004; C-171 de 2004; C-371-2004; T-049 de 2005; T-792 de 2005; T-795 de 2005; T-662 de 2006; C-208 de 2007; C-284 de 2007; C 397 de 2010; C-432 de 2010; C-818 de 2010; T 129 de 2011; C-600 de 2011; C-533 de 2012; C-895 de 2012; T-428 de 2012.