

JUDICIALIZACION DIRECTA DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES: UNA ASPIRACIÓN

PROSECUTION DIRECT SOCIAL, ECONOMIC AND CULTURAL RIGHTS: A VACUUM

Gabriel Ángel Ballena*

Fecha de entrada: 26 de agosto de 2013
Fecha de aprobación :9 de octubre de 2013

Resumen:¹

La Constitución de 1991 incorporó además de los derechos fundamentales, los derechos sociales, económicos y culturales, sin embargo esto no es suficiente si no se logra que sean judicializados directamente, reconociendo la indivisibilidad de todos los derechos necesarios e importantísimos para una vida digna. Judicialización equivale a reconocimiento, a materialización de las aspiraciones mínimas de todo ciudadano e igualdad y justicia material.

Se presenta en el trabajo un aspecto histórico de los derechos fundamentales y sociales, estableciendo una argumentación construida desde la doctrinaria y la jurisprudencia sobre la indivisibilidad de los mismos y la consecuencia de ello en la judicialización directa de los derechos prestacionales ante el juez de tutela, desprendido del argumento económico o escases de los recursos del Estado para hacerlos efectivos.

* Abogado de la Universidad de Pamplona, Licenciado en Filosofía y Educación Religiosa de la Universidad Santo Tomás, estudiante de la Especialización en Derecho Administrativo Seccional Cúcuta, Octubre 2013. game1931@yahoo.es. Celular: 3204075542

1 El presente artículo es un estudio de orden investigativo - analítico, en el cual se presentan los resultados de la investigación finalizada con respecto a la *“INEXEQUIBILIDAD EN EL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA: Sobre algunas imprecisiones en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”*, que se adelanta en

el Centro de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás Seccional de Tunja, Facultad de Derecho. Grupo de Investigaciones jurídicas y socio jurídicas el cual está vinculado a la *línea de investigación en Derecho Constitucional y Construcción Democrática (D.C.C.D)”*.

Método: El estudio es de tipo Analítico – descriptivo, ya que busca recoger la posición jurisprudencial asumida por la Corte Constitucional a través de sus fallos, con respecto a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales así como la caducidad e inmediatez con respecto a la interposición de la misma.

Palabras Claves:

Judicialización Directa, Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Fundamentalidad e indivisibilidad.

Abstract

The 1991 Constitution also incorporated fundamental rights, social, economic and cultural, however this is not enough if it fails to be prosecuted directly, recognizing the indivisibility of all rights necessary and very important for a decent life. Judicialization recognition equals to minimal realization of the aspirations of all citizens and equality and substantive justice.

Work is presented in a historical aspect of fundamental and social rights, establishing from an argument built from the doctrine and jurisprudence the indivisibility of them and result in the direct prosecution prestacionales rights to the guardianship judge, detached from economic argument or scarcity of state resources to implement them.

Key words

Direct Judicialization, Social, Economic and Cultural Rights, fundamentality and indivisibility.

Introducción

Los derechos sociales son verdaderos derechos y por tanto condiciones y aspiraciones legítimas mínimas de las personas, no opcionales ni de cumplimiento programático por parte de los Estados para que una persona viva y se desarrolle dignamente. Si bien la filosofía occidental ha hecho creer que esta clase de derechos no son inherentes a la persona, sino los

Résumé :

La Constitution de 1991 a également intégré les droits fondamentaux , les droits sociaux , économiques et culturels , mais ce n'est pas suffisant s'il n'est pas atteint qui sont directement poursuivi , reconnaissant l'indivisibilité de tous les droits nécessaires et très importantes pour une vie digne. Accusation revient à reconnaître, une réalisation des aspirations minimales de tous les citoyens et la justice égale et de fond .

Le travail est présenté sous un aspect historique des droits fondamentaux et sociaux , en établissant un argument construit à partir de la loi doctrinale et cas sur l'indivisibilité d'entre eux et aboutir à la poursuite directe de droits de prestacionales sous tutelle judiciaire détaché de l'argument économique ou de la rareté des ressources de l'État pour les mettre en œuvre .

Mots-clés:

Fundamentality et l'indivisibilité des poursuites direct , social , économique et culturel .

derechos naturales o civiles y políticos, también es cierto que estos se anularían y con ellos el sujeto, sino se satisfacen aquellos, por tanto los derechos sociales son condiciones necesarias sin las cuales la persona se aniquila, de ahí la relevancia de la indivisibilidad de los derechos y su judicialización directa ante el juez constitucional.

Con la constitución de 1991, se incorporaron no solo los derechos naturales o fundamentales, sino los derechos sociales, que en realidad y como la corte llama el “estado de cosas inconstitucional”², han quedado ahí, pues dependen en gran parte de los programas o políticas del Estado de acuerdo a los recursos y a la cooperación con otros Estados.

Con esto se le da la razón al profesor Uprimny (2010) al afirma que “la casi totalidad de las reformas ha sido muy generosa en el reconocimiento de derechos constitucionales a sus habitantes, pues no sólo incorporan los derechos civiles y políticos heredados de las tradiciones demoliberales -como la intimidad, el debido proceso, la libertad de expresión o el derecho al voto- sino que también establecieron ampliamente los derechos económicos, sociales y culturales -como la educación, la vivienda o la salud-”. Sin embargo los Estados tienen que dar un paso más, hacer exigibles judicialmente los derechos sociales, económicos y culturales que han incorporados en sus constituciones, pues tal como lo plantea el autor, es una verdad incompleta, de la cual la mayoría de la población soparte nefastas consecuencias.

La realidad Colombiana encarna esta idea, es la aspiración de todo ciudadano, no sólo en que se le reconozcan los derechos fundamentales sino que al mismo tiempo pueda gozar de sus derechos sociales para hacer una realidad los primeros y por tanto cabe preguntar: ¿En Colombia se tiene derecho a una vida digna?

Para ello es importante tener claridad de la articulación o complejidad que se establece entre la totalidad de los derechos de las personas y su efectividad, materialización o judicialización a fin de crear un escenario que permita el desarrollo de la vida digna en el Estado Social de Derecho.

I. APARICIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos, sin importar su “categoría” y vistos en su conjunto han sido conquistas de hombres y mujeres en determinados momentos históricos. “Son el producto de una conquista de la civilización”³. Es “la idea por la cual muchas personas han ofrendado sus vidas” (Fleiner: 1999: 19), idea que no puede ser borrada ni olvidada de la memoria histórica del conglomerado social. Esta conquista o idea básicamente consistente en el descubrimiento de unos valores para que una sociedad dada los acoja, los acepte y edifique la convivencia en torno a ellos.

Anclado a la tradición, los derechos fundamentales o naturales son el producto de una serie de manifestaciones filosóficas y políticas que tuvieron su culminación en la declaración de 1789 en Francia, donde estos fueron reconocidos y protegidos por la ley positiva debido a la imponentia del Estado Absolutista. Igualmente con Camargo (2006: 31) se afirma que “A partir de la era neolítica los derechos naturales del hombre han sido el fruto de muchos siglos en su conquista y reconocimiento, de cruentas guerras y de la propia evolución del ser humano como ente racional (**homo**

2 Ver Auto A099 de 2013 “Por medio del cual se hace seguimiento a las acciones adelantadas por el Gobierno Nacional para la superación del estado de cosas inconstitucional declarado mediante sentencia T-025 de 2004 en relación con el componente de ayuda humanitaria y se dictan las medidas necesarias para mejorar la atención de la población desplazada por la violencia”.

3 Cf. CALDERA, Ynfante, Jesús Enrique. Estado y Derecho en clava constitucional: Aproximaciones al fenómeno de la constitucionalización en el marco la carta jurídico-política de 1991. *La constitucionalización de la actividad política y del modelo de estado*. Pág. 58.

sapiens). Y, obviamente, del progreso de la sociedad y del derecho”.

Camargo (2006: 23) en relación al tema afirma que “entre el renacimiento y la revolución francesa, juristas y filósofos, como BODINO, ROUSSEAU y MONTESQUIEU en Francia, HUGO GROCIUS en los Países Bajos, y HOOKER, THOMÁS HOBBS y JOHN LOCK en Gran Bretaña, revivieron las antiguas doctrinas del derecho natural a las que les insuflaron un carácter racionalista y no deidista. Concibieron los derechos naturales del hombre para oponerlos al despotismo y la opresión de las monarquías cristianas y católicas de Europa”.

Según el autor citado los derechos del hombre tienen su origen en el derecho natural y éste fue el punto de partida en que muchos autores especialmente filósofos se basaron para dar vida a sus reflexiones contribuyendo así a lo que se conoce como la declaración de 1789, haciendo la aclaración que en Estados Unidos de Norte América se dio la primera proclamación de los derechos civiles y políticos en el año de 1776.

Este tipo de derechos catalogados como naturales o fundamentales, fueron acogidos por las constituciones modernas, operando así el fenómeno de la positivación de los derechos fundamentales (Alexis: 2003: 21ss), que sin embargo es una cuestión polémica en cuanto a la definición de un derecho fundamental, desde el punto de vista formal, material o procedimental. En el pensamiento de Alexis (2003: 31) “... todo concepto de los derechos fundamentales debe determinarse recurriendo a una concepción de los derechos humanos. Esta

circunstancia, la pretensión de corrección desde el punto de vista de los derechos humanos, obliga al poder constituyente y a los intérpretes constitucionales a buscar constantemente la mejor concepción de los derechos humanos, a efectos de definir a su vez los derechos fundamentales”. Este sería el punto de partida de la cuestión ente lo que es un derecho fundamental o natural y un derecho social o de segunda generación.

Pese a la conquista de positivación de los derechos fundamentales existen una serie de derechos, que si bien en muchas constituciones han sido reconocidos como tal, es innegable que sin su tutela o judicialización, se hace impensable la vivencia de los derechos naturales de la persona.

Ahondando un poco, el proceso de reconocimiento de los derechos de segunda generación, diferentes a los establecidos en la revolución francesa, propende, no solo para que sean positivados o incluidos en las constituciones, pues llegar hasta ese punto sería algo irrisorio y cómodo para muchos Estados que quieren obviar el tema, sino que lo fundamental, importantísimo o de relevancia para el ciudadano es poder hacer efectiva la justicia real consistente en el acceso en igualdad de condiciones a todas las oportunidades necesarias para una vida digna.

Para comprender el contenido y origen de estos derechos⁴, se tiene que mirar necesariamente varios fenómenos como la revolución marxista, la revolución mexicana y la constitución de Weimar. “Con posterioridad a 1789, los derechos humanos, reducidos en su primera etapa a los civiles y políticos, alcanzaron una nueva

4 Sociales Económico y Culturales.

dimensión con los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en las constituciones de México, de 1917, y de Weimar de 1919” (Camargo: 2006: 31). En ella se encuentra la fuente de los derechos Sociales, Económicos y Culturales. Con estos movimientos e ideales filosóficos se establecen la base de los mal llamados derechos de segunda generación.

Por ejemplo, en “*El Manifiesto del Partido Comunista (1848)*” Marx (1818 – 1883) y Engels (1820 – 1895) presentan una crítica contundente al Estado de Derecho producto de la revolución francesa, construido en la filosofía de la propiedad privada, de la igualdad y libertad formal, en el monopolio de los medios de producción, que como consecuencia produjo la nefasta explotación e injusticia social de las clases, especialmente la obrera o proletariado al servicio de una nueva clase naciente con mucho poder económico. “MARX y ENGELS, al cuestionar la sociedad y el derecho que instauró la revolución francesa, contribuyeron, sin duda, a una nueva dimensión de los derechos humanos. La Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado, de la revolución marxista de Rusia en 1918, implicó un reexamen de la filosofía occidental sobre los derechos humanos. A partir de entonces se habló no ya de un constitucionalismo liberal, sino de constitucionalismo social, que dio vida en Europa al Estado Social de Derecho en la segunda posguerra mundial del siglo xx” (Camargo: 2006: 32).

En el año de 1848 el programa de los demócratas radicales de Checoslovaquia manifestaba, según Camargo (2006: 26) que “estaremos al lado del pobre contra el rico, impediremos a este último enriquecerse

a costa de los sufrimientos de millones de hombres que llevan todavía en este mundo una vida de bestias. Preconizamos el derecho al trabajo, pues la libertad no debe ser burla de miseria, sino que debe convertirse, por el contrario, en redención del miserable” y por otro lado Lenin Vladimir Ilich Lenin (1870- 1924) preparó en prisión, entre 1915 y 1916, su programa del partido socialdemócrata ruso, que contiene una declaración de derechos y libertades fundamentales y completa “la supresión de las clases y la igualdad absoluta de todos ante la ley”.

Esto no significa el desconocimiento de la importancia de los logros obtenidos por la revolución francesa, sino que ante todo, por ejemplo hablado de igualdad, es categórica la satisfacción que se debe dar de las necesidades básicas de alimento, educación, salud, trabajo, entre otras, en condiciones dignificantes de todo ciudadano, especialmente los desprotegidos y marginados. Así las cosas se puede hablar de la optimización de los derechos naturales, de lo contrario sería el fracaso de los mismos, pues no se puede hablar de igualdad cuando hay miseria en todos los rincones de un Estado, verbigracia, Colombia.

II. LOS DERECHOS SOCIALES NO SON VERDADEROS DERECHOS

Ahora bien, frente a este panorama existen posturas donde los derechos sociales no son verdaderos derechos sino sólo aspiraciones del constituyente a las cuales el Estado debe responder de forma progresiva. La primera de ellas se encuentra en el artículo 48 fundamental así: “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de

la seguridad social...” Esta progresividad del Estado en la consecución del derecho a la seguridad social, que en punto de racionalidad y en esta filosofía no es un derecho y menos fundamental, o lo sería pero de manera intermitente y no fundamental, está condicionada por el tema de la escasez de los recursos económicos, sin dejar de mencionar los intereses del gobierno de turno o las prioridades que éste tenga en su plan gubernamental.

En la misma línea argumentativa, el criterio acogido en el panorama internacional, se basa en el criterio de la progresividad y la cooperación entre los Estados para garantizar los derechos sociales. Camargo (2006: 91) afirma que “Se decía hace medio siglo que los derechos civiles y políticos eran de observancia obligatoria, que tenían carácter absoluto y podían ser reclamados judicialmente, en tanto que los derechos económicos, sociales y culturales sólo podían ser garantizados en forma progresiva, teniendo en cuenta los recursos disponibles de cada Estado, su grado de desarrollo y la cooperación internacional”. Este es el criterio que se ha impuesto, prima lo económico sobre la persona y, ¿quién garantiza que efectiva mente los recursos de un Estado son escasos y que no se destinan a otros fines individuales olvidándose de las necesidad de las mayorías?

Uprimny (23), cita a Carl Schmit, el cual alega como diferencia entre los verdaderos derechos fundamentales y los derechos sociales, básicamente la falta de exigencia judicial de estos últimos. Esta cuestión no tiene el suficiente peso argumentativo para dejar sin piso la vocación de exigibilidad judicial que poseen los derechos sociales, pues Robert Alexis (2003: 24) al respecto

manifiesta que “la desventaja decisiva de la definición Schmittiana yace en su estrechez. Esta definición excluye definitivamente del círculo de los derechos fundamentales a los derechos a acciones positivas del Estado, es decir, los derechos de protección y los derechos sociales”.

De igual forma el autor hace mención de las constituciones de la India y España, las cuales no establecen derechos sociales sino “principios sociales” para “evitar que las garantías sociales sean concebidas como derechos subjetivos que puedan ser invocados directamente ante los jueces”, y termina diciendo que:

“En el mismo sentido, en el debate sobre la reforma a la declaración de derechos en Canadá, en 1992, el llamado “Comité Beaudoin Dobbie” prefirió adoptar una Carta Social, basada en una declaración de «compromisos sociales», en vez de recurrir a una proclamación de derechos sociales justiciables. Las razones invocadas fueron las siguientes: «Estos compromisos son, en muchos aspectos, tan importantes para los canadienses como sus derechos y libertades; pero son diferentes. Estos compromisos expresan objetivos, no derechos, y abarcan responsabilidades enormes. Por consiguiente, aunque son materias apropiadas para ser reconocidas en la Constitución, los órganos electos deben conservar la atribución de decidir cómo es la mejor forma de cumplirlos. Creemos que los temas tratados en la Carta Social son resueltos mejor por medios democráticos»⁵

5 Uprimny, Legitimidad y Conveniencia del Control Constitucional a la Economía. Pág. 23.

Visto así las cosas, para los pensamientos precedentes, los derechos sociales no serían verdaderos derechos, sino principios sociales, garantías sociales, programas, aspiraciones no judiciales directamente ante el juez, pues los Estados serían plenamente autónomos para concretarlos a través de políticas impulsadas con recursos propios o a través de la cooperación interestatal, en definitiva los únicos derechos exigibles judicialmente de forma directa serían los llamados derechos naturales o civiles y políticos, tesis que no se compadece de las condiciones existenciales de muchos individuo que menguada su dignidad por falta de garantías sociales como educación, salud y otros.

II. INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS.

En diferentes fuentes es plausible encontrar la referencia que se hace a la indivisibilidad de los derechos civiles y políticos en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. Para el presente trabajo, las fuentes están constituidas por la comunidad internacional, la doctrina y la propia constitución de 1991.

a. Panorama Internacional

La Asamblea General de las Naciones Unidas, desde el 16 de diciembre de 1966, cuando adoptó el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, como una carta separada del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha venido trabajando en la integración de ambas “categorías de derechos”, con fundamento en el concepto de indivisibilidad de estos (Camargo: 2006).

Aunque la tesis que predominó en el seno de las naciones unidas, fue de que

hubieran dos pactos internacionales de Derechos, los cuales eran judicializados o reclamados de diversa forma y que ambos eran producto de doctrinas diferentes, no se aceptó la discriminación entre sí, pues, según Camargo (2006: 91) “el goce de las libertades civiles y políticas y el de los derechos económicos, sociales y culturales están vinculados entre sí y se condicionan mutuamente”.

En el panorama actual, no existe una dicotomía entre los derechos humanos de carácter civil y político (libertades y derechos fundamentales) y los derechos económicos, sociales y culturales (Castillo: 2004: 16). Al comienzo de su reconocimiento no eran así las cosas, y aún en las constituciones actuales encontramos esta división, sin embargo la nivelación que se ha dado de éstos ha sido fruto de la evolución de la sociedad y el derecho aunque en los ordenamientos internos no sea una realidad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, incluye seis derechos de carácter económico, social y cultural: derecho a la seguridad social, derecho al trabajo, derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la educación y el derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad. Aunque fueron reconocidos por esta declaración, la tesis que predominó fue la de su “realización progresiva”, mientras que los derechos y libertades fundamentales deberían ser protegidos por un régimen de derechos (Castillo: 2004).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en 1966, fue el resultado de dos corrientes antagónicas que se dieron cita en la Asamblea General de las Naciones Unidas: la tendencia liberal encabezada por Europa Occidental y la tendencia Socialista encabezada por la URSS, que postulaba un solo pacto de derecho.

El fruto de lo anterior fue una posición ecléctica consignada de la siguiente manera: “reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto como de sus derechos civiles y políticos”. No obstante lo anterior, en materia de protección de estos derechos primó la tesis de su “realización progresiva” o como normas programáticas sometidas a la decisión política de cada Estado (Castillo: 20004).

En 1968 se llevó a cabo la Conferencia Internacional de Teherán para mirar el desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948. La Conferencia se mostró a favor de la indivisibilidad de los derechos así: “13. Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de

desarrollo económico y social” (Castillo: 2004).

Otra Declaración a favor de la indivisibilidad de los Derechos fue la de Viena. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos que tuvo lugar en Viena en Junio de 1993, reitera la tesis de integralidad e indivisibilidad de los derechos humanos: “la Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma el solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional. El carácter universal de esos derechos y libertades no admite duda”.

La Declaración recuerda que “en este contexto, el fortalecimiento de la cooperación internacional en la esfera de los derechos humanos es esencial para la plena realización de los propósitos de las Naciones Unidas. Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos, su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos” (Castillo: 2004).

En el punto quinto de esa Declaración reafirma la Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera

justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueran sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades humanas”.(Castillo: 2004).

b. Panorama Doctrinario

Vladimiro Naranjo Mesa en su obra (Mesa: 2006) se da a la tarea de establecer cuáles son los criterios para determinar cuándo un derecho es fundamental, y afirma que éstos “no son, ciertamente fáciles de determinar. Menos si nos ubicamos dentro del terreno específico del Derecho Constitucional”.

Pera realizar esta tarea hace un recorrido “somero” desde Aristóteles, referencia a los romanos, la revolución francesa (1789) y los autores que aportaron a ella y termina con Hegel dando el concepto de armonía entre el Derecho fundamental y el derecho Positivo.

De lo anterior se hace referencia a las conclusiones que llega el doctor Naranjo (2006) sobre los criterios para determinar cuáles derechos son fundamentales. “como conclusión podemos decir que constituye un derecho fundamental todo aquel que sea debido al hombre por su condición de persona. Como se trata de bienes inherente – no simplemente adherentes – al hombre será derecho fundamental todo aquello en que la deuda y correspondiente exigibilidad

no provengan del arbitrio del poder político, sino de la esencia humana en síntesis pueden señalarse con certeza que son derechos fundamentales, los siguientes:

Los que son parte del ser del hombre, como el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, a la honra, a la igualdad a la salud, al pensamiento, a la dignidad o a la personalidad.

Los que representan sus tendencias naturales más próximas y evidentes como la familia, a la asociación, a la comunicación, a la circulación, a la participación, a la legítima defensa ante situaciones injustas de inminente peligro, a la espiritualidad, a la productividad, al descanso y recreación, al aprendizaje y la enseñanza, a la cultura.

Las operaciones que tienden a obtener las finalidades de necesidad inminente del hombre: como la alimentación, el desarrollo de la personalidad, el vestido, el restablecimiento de la salud quebrantada, la conservación de la actividad física, la garantía de su defensa a través de su debido proceso”.

Como se ve, el Doctor Vladimiro incluye dentro de la clasificación de los derechos fundamentales tanto los de “primera generación” como los de “segunda generación”. Se reafirma que los derechos forman un todo indisoluble por el hecho de fundamentarse en la persona humana, la cual es una integralidad, unidad, no está dividida y por su dignidad se le deben todos los derechos y por ende su exigibilidad inmediata.

Esta dignidad si se concibe como un derecho, de acuerdo a (Quinché: 2008) es “superior a todos los demás y que tiene característica de absoluto, hasta el punto de ser como el fundamento de los demás principios y derechos fundamentales”. Este principio se deriva desde la segunda formulación del imperativo categórico Kantiano que señala: “obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otra siempre a la vez como un fin, nunca meramente como un medio”.

La Corte en la Sentencia T – 881 de 2002 trata este principio donde reconstruye todas las seis líneas jurisprudenciales, articuladas en dos grupos, que desarrollan la dignidad desde el punto de vista de la protección, el cual contiene tres aspectos: Autonomía personal (“vivir como quiera”), Condiciones materiales de existencia (“vivir bien”), y como intangibilidad de la integridad física y moral (“vivir sin humillaciones”). El otro punto es de la función de dicho enunciado normativo el cual contiene, la dignidad como valor, la dignidad como principio constitucional y la dignidad como derecho fundamental autónomo.

En punto de racionalidad sería contradictorio e incompatible con el Estado Social de Derecho cimentado en la dignidad humano seguir tolerando y defendiendo la divisibilidad de los derechos humanos y por ende afectar la judicialización de los derechos como un todo de manera directa.

De otra parte, Rodolfo Arango (2005) en su obra “El concepto de Derechos sociales fundamentales” deja ver como los derechos

sociales pueden ser judicializados de manera directa debido a su carácter de fundamentales y por tanto indivisibles, equiparados a los de “primera generación”.

El doctor Arango los define así: “Según su *genus proximum*, los derechos sociales fundamentales son derechos fundamentales, es decir, derechos subjetivos con un grado de importancia. Pero lo que distingue a los derechos sociales fundamentales (*differentia specifica*) es que son, “derechos de prestación en su sentido estrecho”, es decir, derechos generales positivos a acciones fácticas del Estado”.

La estructura de estos derechos de acuerdo con el autor es la siguiente:

Titulares de derechos sociales fundamentales. Los son exclusivamente los individuos. Por lo tanto se trata de derechos individuales.

Obligados al cumplimiento. Para Arango debido a razones “pragmáticas y normativas es el Estado el obligado.

Objeto de los derechos sociales fundamentales. La tradición señala que los derechos y garantías individuales se refieren a acciones negativas del Estado, a abstenciones, típicas de los derechos de defensa. En sentido contrario, cuando el derecho fundamental necesita de la acción de otro (por ejemplo, proporcionar un defensor público, o el derecho a jurisdicción y procedimiento), entonces el derecho fundamental pasa a consistir en una acción. Acerca de los derechos sociales fundamentales sostiene entonces Arango, que su objeto “sólo

puede comprender acciones fácticas positivas del Estado”, donde entra en juego la libertad de configuración del legislador, y evaluarse si el Estado estaba en determinadas circunstancias obligado a actuar positiva y fácticamente, a la adopción de medidas específicas”.

Algo importante en este autor y de relevancia para el presente trabajo, consiste en que los derechos sociales fundamentales son derechos “subjetivos”, derechos individuales, como lo son los derechos de “primera generación, y además que implican ambos, acciones positivas del Estado para hacerlos efectivos. Sin la intervención del Estado sería imposible hablar de la efectividad concreta o material de los derechos viéndolos como un todo.

Se reitera, para Arango los derechos sociales fundamentales son derechos subjetivos. Afirma el autor: “Mi tesis puede resumirse en que los derechos sociales fundamentales son concebibles sin mayores dificultades como derechos subjetivos”. Al hablar del derecho subjetivo manifiesta que “por derecho subjetivo, en su sentido más estricto, se entiende generalmente “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”.

Continúa el autor desarrollando el tema del derecho subjetivo y basándose en la definición que precede extrae las características de éste: una norma jurídica, una obligación jurídica y un poder jurídico, para la consecución de intereses propios reconocidos al sujeto (posición jurídica).

Luego de haber dilucidado el contenido del derecho subjetivo, el doctrinante se propone mostrar el por qué los derechos sociales fundamentales se acomodan “sin mayores” problemas al concepto del derecho subjetivo. Es decir, si los derechos subjetivos cumplen con las características de norma jurídica, obligación jurídica y poder jurídico.

Al parecer el autor se propone brindar una justificación de cómo entre los derechos no existe ninguna dicotomía, sino que por el contrario forman un todo, e indivisibles.

Para llevar a cabo lo anterior, Arango toma el concepto de derecho fundamental dado por Robert Alexis⁶, y llega a la siguiente conclusión: “El concepto de derecho fundamental se compone entonces de las características del derecho subjetivo y de su importancia”. Se puede preguntar ¿Qué es un derecho fundamental?, y responder con Arango: un derecho fundamental es aquel que cumple con las características del derecho subjetivo: (M1, M2 Y M3) y con las características de alto grado de importancia. ¿No cumplen con estos “requisitos” los derechos Sociales fundamentales o mejor los derechos Económicos, Sociales y Culturales? ¿No tienen la misma importancia? ¿No forman un todo indivisible?

Lo derechos fundamentales según el Autor se clasifican en derechos de defensa y de prestación, según la función que los derechos fundamentales cumplan en la relación Estado-Ciudadano. Los primeros implican acciones negativas mientras que los segundos implican acciones

6 “Posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria” Citado por el Doctor Arango en su libro, pág 31

positivas del Estado respectivamente. Según el Autor, dentro de la Categoría de Derechos fundamentales podemos incluir tanto los derechos de defensa y los derechos prestacionales.

Para remediar la indivisibilidad el doctrinante presenta un texto donde se ve que la división de los derechos ha sido una cuestión histórica. Afirma Arango (2005: 35 y 36) que “una parte de la doctrina constitucional limita los derechos fundamentales a los derechos de defensa. Según esta concepción los derechos fundamentales tienen un carácter exclusivamente negativo. Ponen límites al Estado para asegurar espacios individuales de libertad, en consonancia con la concepción liberal clásica de los derechos fundamentales, que puede remitirse al desarrollo histórico del pensamiento sobre los derechos humanos. Los derechos humanos y los derechos fundamentales surgieron históricamente como derechos a la libertad o a la defensa en contra del poder estatal monárquico y luego en contra del poder constitucional de la república, a favor de la libertad de individuos o grupo de individuos.

En contraposición, una concepción socialista de los derechos fundamentales deja abierta la clase de los derechos fundamentales: a ésta pueden pertenecer tanto los derechos de defensa, como los derechos de prestación. El carácter abierto del concepto de derechos fundamentales refleja e incorpora el cambio de los derechos fundamentales en el Estado social de derecho, lo que no sucede con la concepción burguesa de los derechos fundamentales en el liberalismo clásico”.

De esta manera, el autor zanja el problema de la división histórica de los derechos en fundamentales y de segunda generación. Es más, la reducción de los derechos fundamentales a los de defensa se muestra injustificada a la luz de las características del concepto de derecho fundamental y de la jurisprudencia constitucional. El autor afirma que incluir dentro de la categoría de los derechos fundamentales los derechos negativos o los positivos depende es de la interpretación de la disposición de derecho fundamental respectiva, la cual es neutral respecto del derecho fundamental. En un ejemplo citado por el autor, el Tribunal constitucional de Alemania recalcó que los derechos fundamentales son de defensa, pero que su significado va mucho más allá e incluye los derechos de prestación.

Según la interpretación genética, los derechos fundamentales son principalmente derechos de defensa. Según una interpretación sistemática o “compleja” no solamente se incluyen los derechos de defensa sino también los derechos de prestación. Sin acciones positivas fácticas del Estado sería imposible garantizar las libertades o los derechos de defensa, esto sí que debe fastidiar a los demoliberales del Estado Colombiano.

Los derechos sociales fundamentales tienen como característica la norma jurídica, la obligación jurídica, la posición jurídica, el grado de importancia y el carácter general positivo. Estos derechos sociales con las características que presentan pueden ser adscritos al concepto de derechos subjetivos.

Sostiene el autor (42-52) “que los derechos generales positivos o están establecidos

explícitamente en disposiciones de derechos fundamentales, o que pueden adscribirse a una disposición de derecho fundamental (M1) que ellos pueden derivarse de obligaciones jurídicas constitucionales indirectas (M2), y que por lo menos uno de esos derechos puede justificarse correctamente en el plano constitucional, es decir, que vale como posición jurídica ius fundamental (M3)”.

Una conclusión inevitable y justificada se estructura en la plena convicción de que los derechos sociales son derechos subjetivos, poseedores de un contenido y una estructura propia que los hace exigibles.

El contenido de éstos se puede determinar según la tesis Maximalista, Minimalista e Intermedia. Se trata aquí de mirar cómo deben ser organizados en una constitución democrática moderna. Según la tesis Maximalista los derechos sociales fundamentales deben ser garantizados a cualquiera, en cualquier circunstancia. Estos incluyen los derechos a la alimentación, a la salud, a la vivienda, a la educación, al trabajo y a la seguridad social y presuponen normas jurídicas, obligaciones jurídicas y posiciones jurídicas cuyo reconocimiento debería ser universal, sin limitarlo a determinadas personas. La Tesis Minimalista plantea que estos derechos deben ser reconocidos en cierto grado sobre la base del derecho mínimo vital. La tesis Intermedia propone que sólo algunos de estos derechos son derechos subjetivos.

En cuanto a la estructura de los derechos fundamentales con respecto al portador y al obligado del derecho presenta cuatro posibilidades. Se puede tratar: De un derecho del individuo a exigir del Estado una acción positiva fáctica. Del derecho de un grupo a exigir del Estado una acción positiva fáctica. De un derecho del individuo a exigir de particulares una acción positiva fáctica. Del derecho de un grupo a exigir de particulares una acción positiva fáctica.

En sí, los derechos sociales fundamentales son derechos individuales, inherentes a seres humanos particulares, o sea personas naturales. (Arango: 2005:60) “Puesto que los derechos sociales fundamentales se encuentran adscripto al concepto de los derechos subjetivos los derechos subjetivos son un tipo de derechos del individuo, y los titulares de los derechos sociales fundamentales son individuos, entonces los derechos sociales fundamentales son derechos individuales”. Desde esta perspectiva los derechos en su totalidad son un todo indivisible fundado de los sujetos individuales naturales. “El individuo es el sujeto de derecho per excellence. Desde una perspectiva filosófica, el derecho moderno es individualista, porque convierte a la persona en sujeto de derechos subjetivos. Con el derecho social fundamental se trata de un derecho del individuo. Que alguien tenga derecho a la alimentación, al trabajo a la vivienda, a la educación, etc., significa que se encuentra en la posición jurídica de exigir una acción positiva específica a otro” (Arango: 2005: 61).

De otra parte, Ferrajoli, citado por Caldera (2012: 59 ss)⁷, define los derechos fundamentales como: “*todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’*

cualquier expectativa (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

7 El presente comentario de Caldera, es importante para la comprensión de la visión de Ferrajoli sobre los derechos fundamentales. “*En el caso específico, su propuesta es teórica debido a que no hace referencia a un ordenamiento jurídico positivo y es formal a consecuencia de que no le interesa un determinado contenido sino únicamente que reúna la cualidad de ser adjudicado a todos los dotados del status exigido. En otras palabras, son derechos fundamentales porque los reconoce un ordenamiento jurídico (sin importar de qué ordenamiento se trate) y por ello tampoco es preciso dirigirse a un ordenamiento en particular como el colombiano, el venezolano o el italiano. La clave para la determinación de su fundamento es que si los reconoce un ordenamiento y además es adjudicado a todos los que tienen el status exigido, entonces son derechos fundamentales. El criterio convencional asumido en este caso es el de la universalidad fundamentada sobre la igualdad. Es decir, los derechos al ser universales y al establecer que son de “todos” constituyen elementos de distinción entre los derechos fundamentales y los que no son derechos fundamentales. Pero ¿quiénes son todos? Ferrajoli responde que aquellos a “quienes su titularidad esté normativamente reconocida”. La titularidad normativamente reconocida juega un papel primordial en la teoría de los derechos de Ferrajoli. En los ordenamientos jurídicos, los seres humanos, dice, no han sido catalogados en todos los casos con el mismo status jurídico de titularidad de derechos de una normatividad reconocida pero hoy solo subsisten únicamente dos diferencias: la ciudadanía y la capacidad de obrar. La primera puede aún ser superada y la segunda, al menos por el momento, insuperable. Esta distinción, le lleva a elaborar una tipología especial según se trate de todos o solos los ciudadanos (derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía) o bien, entre capaces y no capaces de obrar (derechos primarios o sustanciales y derechos secundarios o instrumentales o de autonomía). A la primera le denomina clasificación subjetiva porque atiende a los sujetos que se le atribuye y reciben expectativas de derecho; a la segunda, la identifica como clasificación objetiva porque es relativa a los comportamientos de los sujetos que integran la clase seleccionada, es decir a la posibilidad de ejercer o no ejercer un poder. De esta forma, es subjetiva en virtud de que se es o no ciudadano o se cuenta o no con personalidad. Mientras tanto, la clasificación objetiva precisa la posibilidad o imposibilidad de la capacidad de obrar. El profesor italiano, parece defender una “sustancia” de su definición: la inalienabilidad e indisponibilidad de los derechos fundamentales por ser de todos. “Si son normativamente de ‘todos’ (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados”. Reconoce las limitantes de ese “todos” pues solo corresponde a quienes tengan la titularidad del derecho por lo cual el status constituye, para el filósofo, una muestra de mayor democratización de un país: entre más se generalice el status mayor será la democratización y entre más se restrinja será menor. Pero recordemos que esa “inalienabilidad” descansa sobre el concepto de igualdad en estrecha conexión con el concepto de diferencia. En estas elucubraciones, el profesor, encuentra que el concepto de igualdad ha sido mal interpretado debido a que en ocasiones, y en relación con la diferencia, en nombre de la igualdad niega las diferencias (cuando si hay diferencias) o afirma las diferencias (cuando no hay tales). Este juego cínico de negar o aceptar las diferencias en forma convencional es el que rechaza en la formación de un concepto jurídico de la igualdad. No define la igualdad jurídica pero hay razones suficientes para creer que, el jurista, apela una concepción de la igualdad como aquella que exige la aceptación de las diferencias (como hecho) y la negación de las diferencias (como construcción artificial). En su comentada obra, Los fundamentos de los derechos fundamentales, recurriendo a una división más, establece que los derechos de la clasificación objetiva y específicamente los primarios los divide; a su vez, en derechos libertades —expectativas negativas— y derechos sociales —expectativas positivas—. Los derechos libertades son de carácter negativo —inmunidad o de no interferencia— y pueden ser “libertades de” (vida, libertad personal) y “libertades para” (libertad de prensa, de asociación y de reunión). En tanto que los derechos sociales son de carácter positivo —prestaciones—. Finalmente, también, dentro de los derechos de la clasificación objetiva y de carácter secundario, se dividen en derechos de autonomía privada —poderes privados— y en derechos de autonomía pública —poderes políticos—”.*

Viendo así las cosas, el sustrato de la definición de los derechos fundamentales dada por Ferrajoli, se configura en la perspectiva de la dignidad humana, entendida como se mencionara en un acápite precedente, *vivir como quiera (autonomía personal), vivir bien (condiciones materiales) y proteger la integridad física y moral (vivir sin humillaciones)* y siendo un poco osados, en el pensamiento de Ferrajoli, se combinan los derechos de primera generación, que se refieren a la naturaleza del sujeto y los derechos sociales que hacen mención de las “aspiraciones” “en el mundo”. , que en una y otra perspectiva son derechos fundamentales pues se refieren a la persona.

De otra parte, la autora en comentario (Caldera) corrobora lo precedente al decir que, Ferrajoli *“En su concepción, los fundamentos de los derechos fundamentales son cuatro criterios indispensables para lograr los valores (vida, dignidad, libertad y supervivencia)*

que se persiguen con la implantación de los derechos fundamentales. El concepto elaborado por el maestro italiano, apela a un cuantificador lógico y a un concepto jurídico fundamental desarrollados en el enunciado de las proposiciones universales: “todos” (cuyo reconocimiento normativo constituye status) y el concepto jurídico fundamental es el de derecho subjetivo, entendiendo por tal “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”.

En la misma línea argumentativa Díaz (2012: 223), establece la fundamentabilidad de los derechos humanos en la persona, manifestando que *los derechos de los seres humanos “son inherentes a su condición humana y se consideran fundamentales de la persona, por lo que se denominan derechos fundamentales o humanos”*⁸, queriendo decir con ello que igualmente son fundamentales, pues se predicán de

8 El comentario es de Días, necesario para el tema en controversia. *“Los derechos fundamentales desde la óptica de la teoría del derecho son identificados como los derechos que están adscritos a todos como personas o como ciudadanos, reconocidos universalmente caracterizándose por ser indisponibles e inalienables, los cuales deben ser formulados en forma de regla general siendo concedidos a todos. Como un ideal y base jurídica de los derechos humanos, en 1948 se proclamó la “Declaración Universal de Derechos Humanos”. De conformidad con esta concepción deben estar garantizados los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para hacer efectiva la paz, dentro de ellos se puede mencionar el derecho a la vida, a la integridad personal, los derechos civiles y políticos y los derechos sociales que garantizan la supervivencia entre otros. La Declaración Universal de los Derechos Humanos junto con el “Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos”, y el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” y sus protocolos opcionales, conforman la “Carta Internacional de los Derechos Humanos” por ende desde la óptica del derecho positivo son fundamentales los derechos reconocidos universalmente y establecidos el 16 de diciembre de 1966 los cuales imparten obligatoriedad jurídica a los derechos proclamados en la mencionada Declaración. Los Derechos sociales “...son el instrumento de lucha mediante el cual la ciudadanía le dice al Estado lo que espera de él”... “...están inspirados en el valor de la solidaridad y surgen de una filosofía que trata de superar la individualidad del ser humano egoísta, competitivo y posesivo del Capitalismo...”.* Dentro de los instrumentos que identifican los derechos sociales se encuentran los vinculados con la protección que se debe brindar a cierto grupo de personas vulnerables o en situación de vulnerabilidad, como son los derechos de las mujeres, niños, personas con discapacidad, los pueblos indígenas y los adultos mayores. De igual forma y respecto de los derechos sociales se establecen los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, el protocolo de San Salvador, la Convención para la protección de los trabajadores migrantes y sus familias, los cuales describen los derechos relacionados con el trabajo, en sus ámbitos individual y colectivo, así como el derecho al establecimiento por parte del Estado de políticas que favorezcan el acceso al mismo, los derechos a la vivienda, a la alimentación, a la salud y los vinculados con la seguridad social, entre otros...”.

la persona, los derechos reconocidos en 1966, es decir en el pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y culturales.

c. Indivisibilidad de los derechos y la Constitución 1991.

En este aspecto se mira y analiza la estructura de la Constitución con relación a los derechos que ella contempla. ¿Se puede rastrear en la constitución de 1991 la unidad o indivisibilidad de los derechos que la constituyente incluyó al momento de su redacción?

A primera vista se afirma que desde la constitución es difícil hablar de la unidad de los derechos, ya que en ella se encuentran de manera palpable y fehaciente las doctrinas que la han inspirado. Como en renglones precedentes se afirmó, estas doctrinas han sido por un lado la liberal que formó lo que se conoce con el nombre de derechos naturales o fundamentales inspirados en el derecho natural y por otro, se tiene la doctrina socialista que implementó el sistema de derechos sociales en contraposición a los derechos naturales. Esta no es una doctrina cerrada, admite los derechos naturales, la doctrina liberal es cerrada, sólo se admiten los derechos de primera generación.

La constitución en el capítulo uno del título dos lleva como título (Gómez: 2009) “DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”. En el capítulo dos del mismo título lleva como título “DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES”. Aquí se ve claramente la imposibilidad de hablar o de pensar en los derechos basados en nuestra constitución como un todo y mucho menos de hablar de una judicialización directa para todos.

Otro elemento que patentiza la división de los derechos según la constitución y además hace evidente la presencia de los liberales y los socialistas en ella es la prevalencia, la aplicación inmediata y la acción de Tutela de algunos derechos.

El artículo 44 establece la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños. Mirando el artículo 85 son de aplicación inmediata los derechos incluidos en el capítulo uno del título dos, es decir, los derechos fundamentales. Si se pasa luego al artículo 86 de la Carta Constitucional, la acción de la cual allí se hace mención es la acción de tutela y qué casualidad que ésta sólo opera según (Gómez: 2009) para la “protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. ¿Es posible predicar la indivisibilidad de los derechos según la Constitución Política de 1991?

Otro aspecto que complementa lo anterior, es el estudio que los doctrinantes realizan de la Carta de 1991. Ellos realizan sus estudios de acuerdo a la división que el texto presenta de los derechos.

El Doctor Hidrón (2007), al realizar el estudio de la Constitución lo hace siguiendo la división de los derechos presentada por la Constitución. Este autor hace referencia a la primacía de los derechos inalienables de la persona, manifiesta que son fundamentales, que están aceptados y especificados en el título II, capítulo I y que para reclamarlo se puede hacer uso de la tutela. Además dice afirma que en el título II, existen otros

derechos importantes de carácter social pero que no son fundamentales. Estos son de aplicación gradual. Es evidente por tanto que nuestra constitución no propone la indivisibilidad de los derechos.

Los derechos forman un todo indivisible y por tanto exigible en igualdad de condiciones. Todos pueden ser exigidos o judicializados de manera directa sin hacer distinción de derechos y por ende distinción de vías para su judicialización⁹ como lo hizo el legislador en la constitución Colombiana de 1991.

De otra parte y debido a su importancia para el tema, es necesario decir que con los artículos 53, 93 y 94 constitucionales en Colombia opera el fenómeno del bloque de constitucionalidad, consistente en la aplicación de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia que dinamizan el derecho constitucional interno y propende por garantizar, en el presente caso los derechos sociales, como el derecho a la seguridad social. Sin embargo en este apartado no se aborda la problemática que contiene tal instituto jurídico¹⁰, pues ese no es el objetivo perseguido. Lo que se afirma en el texto de

Uprimny tiene relevancia pedagógica y es asumido en este escrito: “esa categoría ha sido fructífera pues ha permitido que los tratados de derechos humanos y de derecho humanitario, así como la doctrina elaborada por las instancias internacionales, hayan entrado con fuerza en la práctica jurídica colombiana”.

En el tema de los derechos sociales, económicos y culturales, la comunidad internacional ha elaborado tratados y convenciones sobre estos derechos que han sido asumidos por Colombia¹¹ y basados en los artículos citados, la filosofía del bloque constitucional hace parte del ordenamiento interno porque versan sobre derechos humanos como son los sociales.

Sin embargo, como se dijera en precedencia, se han asumidos pero bajo el argumento de la “progresividad”, por ejemplo, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966¹², Camargo (2006: 375) establece normas que son programáticas facultando a los Estados para que tomen medidas

9 En la constitución Colombiana de 1991, los derechos fundamentales están consagrados en Título II, Artículos 11 al 40, existe la Tutela consagrada en el Artículo 86 de la Constitución Colombiana de 1991, mientras que para los derechos de Económico, sociales y culturales no existe un mecanismo apropiado para exigirlos de manera inmediata. En algunas ocasiones sólo por vía de conexidad se amparan por la tutela o por la vía ordinaria. Esta Distinción no tiene sentido o carece de él en un Estado Social de Derecho fundado en la dignidad de la persona como el nuestro.

10 Para tal caso revisar el texto de Uprimny, EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal.

11 Ejemplo de ello son las leyes 74 de 1968 que aprueba el pacto internacional de derechos Sociales, Económicos y Culturales y la Ley 16 de 1972 que aprueba la Convención Americana de Derechos Humanos Pacto de San José.

12 El argumento de progresividad se encuentra el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José. El texto preceptúa lo siguiente: **Artículo 26. Desarrollo Progresivo** Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

internamente y bajo la figura de la asistencia y cooperación internacional.

Entonces, tal visión no es de nada alentadora, para que opere, en primera medida la indivisibilidad de los derechos humanos y en un segundo momento muy fundamental, la anhelada judicialización directa de los derechos sociales, económicos y culturales, de manera que los estados como el colombiano, ha construido su postura frente a la efectividad de tales derechos, en el argumento de “progresividad” y cooperación establecido por la comunidad internacional.

d. Un caso concreto de la Jurisprudencia en Colombia.

La Corte Constitucional colombiana se ha referido a la indivisibilidad de los derechos debido a que se encuentran fundamentados o cimentados en la dignidad de la persona humana.

La Carta¹³ de Derechos de la Constitución colombiana contempla en el Título II, Capítulo 2o. los llamados «Derechos Económicos, Sociales y Culturales». Estos derechos implican una prestación por parte del Estado y por lo tanto una erogación económica que por lo general depende de una decisión política. Su razón de ser está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos, con lo cual adquieren el carácter de fundamentales.

Las diferentes categorías de tales derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, característica que exige protección

permanente con el propósito de obtener su plena vigencia, «sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros».

En lo anterior se ve claramente cómo la Corte ha superado o supera, con esta doctrina la división histórica de los derechos humanos postulada por la corriente liberal y la socialista para concentrarse en el ser humano como un todo y por tanto un ser unitario al que le son inherentes o naturales todos los Derechos. Con Naranjo (2006: 531) “Podemos decir que constituye un derecho fundamental todo aquel que sea debido al hombre por su condición de persona”. ¿Se fundamentan los Derechos económicos, sociales y culturales en el hombre como persona?

III. JUDICIALIZACION DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Afirma Quinche (2008: 241) que “el formalismo y el paleopositivismo, tendieron desde el comienzo a restringir el alcance de la acción de tutela, tan sólo a los derechos enunciados en los artículos 11 al 40 de la constitución. Se llegó incluso a afirmar por un tribunal administrativo, que éstos eran los únicos derechos amparables y que la especie de estos derechos, la decidía el Consejo de Estado y no la Constitución ni la doctrina constitucional”. En estas circunstancias la corte constitucional apeló o hizo uso de la doctrina de la conexidad, donde resulta posible proteger un derecho prestacional o de segunda generación si éste afecta algún derecho fundamental o de primera generación según lo consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991. Por ejemplo si el derecho a la

13 Sentencia T 570 de 1992. Magistrado Ponente. Dr. Jaime Sanín Greiffenstein

salud amenaza o pone en riesgo el derecho a la vida, aquel será protegido por vía de tutela, desde la perspectiva de la teoría de la conexidad.

Siguiendo el pensamiento de Quinche la tendencia hoy es superar la doctrina de la conexidad, para acoger el sistema de la protección directa de los derechos de segunda generación al igual que los derechos fundamentales. (241) “No obstante, la tendencia actual del sistema interno de protección es la de superar el mecanismo auxiliar de la conexidad, para dar paso a la protección directa de los derechos prestacionales, como derechos fundamentales”¹⁴.

En sentencia T – 016 de 2007, se ampara el derecho “fundamental a la salud”, de una menor y “hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales”. Además, desarrolló el criterio jurisprudencial, sobre el carácter fundamental de todos los derechos sin distinguir si se trata de derechos políticos, civiles, sociales, económicos o culturales, así como que dicha fundamentalidad tampoco debe derivar de la manera como estos derechos se hagan efectivos en la práctica. “La fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender- de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a

la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”.

En sentencia T-034 de 2007 se concedió la protección al derecho fundamental al mínimo vital y en la sentencia T – 062 de 2007, se ampara de modo directo el derecho fundamental al mínimo vital y seguridad social de un trabajador.

¿Qué significa la protección directa de estos derechos? La protección directa de estos derechos ha significado la actualización del sistema de protección nacional, desde la categoría de los derechos “sociales fundamentales”, formulada por Rodolfo Arango, finalmente compartida en sus características por las salas de revisión de tutela (241). Los derechos sociales fundamentales son aquellos derechos subjetivos que tienen un alto grado de importancia y que implican acciones positivas del Estado cuyo titular es un individuo natural, donde el Estado es el obligado y cuyo objeto comprende acciones fácticas positivas de aquel.

Se ha afirmado y sustentando con la doctrina y la jurisprudencia, los derechos forman un todo indivisible y por tanto exigible directamente en igualdad de condiciones. Todos pueden ser exigidos o judicializados de manera directa sin hacer distinción de derechos y por ende distinción de vías para su judicialización¹⁵ como lo hizo el legislador en la constitución Colombiana de 1991.

14 Ibidem. Pág.241

15 En la constitución de 1991 se encuentra que para los derechos fundamentales consagrados en Título II, Artículos 11 al 40, existe la Tutela consagrada en el Artículo 86 de la Constitución Colombiana de 1991, mientras que para los derechos de Económico, sociales y culturales no existe un mecanismo apropiado para exigirlos de manera inmediata. En algunas ocasiones sólo por vía de conexidad se amparan por la tutela o por la vía ordinaria. Esta Distinción no tiene sentido o carece de él en un Estado Social de Derecho fundado en la dignidad de la persona como el nuestro.

Si los derechos son indivisibles, subjetivos, individuales, propios de las personas naturales, esto quiere decir que pueden ser exigidos de forma idéntica sin hacer discriminaciones entre ellos. Hacer esto último sería ilógico y falta de respeto y solidaridad con la persona humana.

En otra línea de pensamiento, para Abramovich (2002: 19 – 64 y 117) “Los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva”. Desde la concepción naturalista los derechos civiles y políticos implican acciones negativas del Estado y los derechos Económicos, Sociales y Culturales acciones positivas del Estado. “Estas distinciones están basadas sobre una visión totalmente sesgada y “naturalista” del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa”. “Todo derecho – llámese civil, político, económico, social o cultural – supone un complejo de obligaciones positivas y negativas del Estado, y por ende, es falso que exista alguna característica inherente a los derechos económicos, sociales y culturales que los torne insusceptibles de recibir tutela judicial”.

Por tanto, los derechos de segunda generación son fundamentales. La judicialización directa es concebida por este autor (132) como “aquella en la que el objeto de la actuación judicial tiene como sustento la invocación directa de un derecho económico, social o cultural”. Esta se da cuando la conducta del Estado resulte determinable para ello, es decir

cuando la violación por parte (omisión) del Estado sea clara y pueda señalarse ésta sin dificultad. Esto se puede identificar mediante situaciones fácticas que el Estado haya reconocido y que ya no pueda razonablemente discutir. Otro elemento importante para tener en cuenta en la judicialización directa es “la gravedad e irreversibilidad de la lesión que pende sobre el bien jurídico tutelado de mantenerse la omisión ilícita” (137).

La Corte Constitucional Colombiana para llegar a establecer en algunos casos la judicialización directa de los derechos económicos, sociales y culturales se ha fundamentado en el concepto de la INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS¹⁶, es decir, estos forman un “todo indivisible” y descansan en el principio dignidad humana.

Afirma la Corte Constitucional que “... Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva¹⁷. Según esta óptica, la implementación práctica de los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal, que despojar a los derechos prestacionales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales resultaría no sólo confusa sino contradictoria. Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos

16 CF Sentencia T 570 de 1992. Magistrado Ponente. Dr. Jaime Sanín Greiffenstein.

17 Cf Abramovich, Op.cit. Capítulo 1.

humanos mediante los cuales se ha logrado superar esta diferenciación artificial que hoy resulta obsoleta así sea explicable desde una perspectiva histórica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la constitución.

Para Rodolfo Arango (2005: 115-130), los derechos no pueden reducirse a la norma visto desde la teoría jurídica estrictamente positivista (relación uno a (uno)), sino que por el contrario deben mirarse desde una comprensión sistemática u holística del orden constitucional (relación de uno a uno más(n)). Esta comprensión “integral” le da prioridad a la interpretación sistemática y teleológica sobre la semántica y la originalista¹⁸

“La fundamentalidad de los derechos cuyo contenido es acentuadamente prestacional, tal como sucede con el derecho a la salud, se manifiesta, entre otras cosas, en el hecho que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en implementar medidas orientadas a realizar estos derechos en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de personas colocadas en situación evidente de indefensión. La falta de capacidad económica, el estado de indigencia, el alto riesgo de ver afectadas

las personas la posibilidad de vivir una vida digna, son circunstancias que han de ser consideradas por los jueces para determinar la procedencia de la tutela en caso de omisión legislativa y administrativa pues se trata de derechos fundamentales”¹⁹.

En sentencia T-003 de 2009 la Corte concede de manera directa por vía de tutela el amparo a un derecho social como es la seguridad social, referido a la salud. Este derecho en la doctrina de la corte es un derecho fundamental. Vemos como la corte ha o está “superando” el dualismo, la dicotomía que existe entre los derechos al plantear como fundamentales derechos que son catalogados de segunda generación.

“La seguridad social está consagrada en el artículo 48 de la Constitución, en el acápite de los derechos sociales, económicos y culturales, concebida en lo atinente a la salud como un mandato propio del Estado Social de Derecho, para ensamblar un sistema conformado por entidades y procedimientos encaminados a ofrecer una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar la salud de las personas. Se erige y garantiza con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

En la sentencia T-001 de 2008²⁰ la Corte afirma que los derechos subjetivos pueden transmutarse en derechos subjetivos y pueden judicializarse de manera directa por vía de tutela. Al respecto la Corte se manifiesta de la siguiente manera: “Sin embargo, en la medida en que estos derechos

18 CF. ARANGO, Óp. cit. Pág. 115 – 130.

19 CF sentencia 016 de 2007. Magistrado Ponente. Humberto Antonio Sierra Porto

20 Sentencia 001 de 2008. Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

de concreción progresiva y programática sean objeto de un desarrollo legal o reglamentario que cree las condiciones que le permitan a las personas exigir del Estado el cumplimiento de una prestación determinada, se produce la transmutación en un derecho subjetivo que goza de la naturaleza fundamental²¹ de manera autónoma y es susceptible de amparo a través de la acción de tutela, sin que se tenga que establecer su conexidad con otros derechos fundamentales²². Continúa la corte refiriéndose al tema de hacer efectivos estos derechos por vía de tutela: “Estos derechos subjetivos, que se desprenden de las normas que configuran el sistema de seguridad social, eliminan la indeterminación de los derechos programáticos y materializan situaciones concretas exigibles al Estado. Tal exigencia puede hacerse por vía de tutela, por cuanto el derecho a la salud, en su dimensión de derecho subjetivo, es de naturaleza fundamental, en virtud de su estrecha relación con el principio de dignidad humana, vínculo que responde al criterio fijado por la Corte Constitucional como parámetro funcional de definición de derechos fundamentales²³”.

En sentencia T-763 de 2007²⁴, la Corte corrobora su doctrina sobre la fundamentalidad de todos los derechos, ya sean civiles y políticos o derechos económicos, sociales y culturales. Todos los derechos son fundamentales. En un primer momento la Corte Constitucional se caracterizó por diferenciar los derechos susceptibles de protección mediante la acción de tutela y los derechos de contenido meramente prestacional, los cuales para ser amparados por vía de tutela, debían tener conexidad con los derechos inicialmente

nombrados, es decir, los de primer orden. Ahora la cuestión es otra. Todos los derechos son fundamentales. ¿No es esta una aspiración del pueblo Colombiano?

Si la reforma constitucional de 1991 “fue generosa en incorporar los derechos sociales, económicos y culturales” sería una afrenta para los ciudadanos, que se quedaran en el papel y no se pudieran reclamar, o hacer realidad. Todo el esfuerzo habría sido en vano.

Lastimosamente la afrenta existe, especialmente en el Estado Social de Derecho Colombiano y más lastimosamente es el argumento económico o escasez y limitación del presupuesto con el cual se dejan de reconocer de manera directa ciertos derechos prestacionales, siendo testigos de la pérdida de vidas por no tener una solución real y pronta a las urgencias que muy a menudo se presentan en el territorio.

Si bien es cierto que bajo los parámetros de la racionalidad constitucional, es el Estado a través de la construcción e implementación de políticas públicas que debe hacer realidad los derechos sociales fundamentales de los ciudadanos, pues implican erogaciones y recursos económicos dentro del presupuesto, no es menos cierto que los jueces de la república tengan que reconocerlos vía tutela porque el Estado está omitiendo sus obligaciones., y aquí se encuentra otro problema; si los ciudadanos no encuentran respuestas a sus necesidades sociales y la insatisfacción les impiden el goce de sus derechos naturales o fundamentales, ¿están legitimados para solicitarle al juez de tutela la protección de

21 El subrayado es propio.

22 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-859 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T-869 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

23 Al respecto, ver Sentencias T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

24 Sentencia T- 763 de 2007. Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández

sus derechos sociales fundamentales y al mismo tiempo el fallador con su decisión está legitimado para impactar con su decisión en el presupuesto del Estado?.

En este aspecto se afirma que aunque los jueces no están llamados o constituidos para tomar decisiones políticas e inmiscuirse en el campo económico (Uprymny)²⁵, se hace necesario un control constitucional por parte de estos a los olvidos que el Estado hace de la población más vulnerable, pues de los valores y principios constitucionales, se hace efectivo que el legislador asuma su compromiso y haga efectiva la materialización de los derechos sociales.

CONCLUSIÓN

Se concluye que la división de los derechos humanos es una cuestión histórica, constituyéndose muchas veces en un obstáculo para la judicialización directa de los derechos económicos, sociales y culturales, a través de la acción de tutela, pues si bien los Estados, especialmente Colombia, han reconocido en sus constituciones los derechos de segunda generación, está muy alejados de hacerlos efectivos por la carencia de sus recursos económicos aferrándose al argumento de progresividad, olvidándose muchas veces de políticas públicas que den cuenta de los postulados constitucionales.

Todo lo anterior recordando siempre que los derechos humanos, son derechos subjetivos, forman un todo indivisible no susceptible de división porque su fundamento reside en la dignidad humana, la cual es única e indivisible. En un lenguaje coherente, el estado social de derecho debe ser gestor de los derechos fundamentales,

que incluyen no sólo los derechos naturales o de primera generación, sino también los derechos sociales o mal llamados de segunda generación, pues de nada sirve alegar un estado de justicia e igualdad formal sino se crean las condiciones para gestar la justicia e igualdad material. Así las cosas, se configuraría el Estado de Derecho con tendencia social o llamado Estado Social de Derecho, de lo contrario se estará ante el imperio del Estado Liberal, de derecho decimonónico o derecho.

Si los Estados, como el Colombiano, no avanzan en la consecución de los fines sociales, y siguen la tesis de que “la sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público”²⁶, superponiéndolo a la dignidad humana, comprometiendo con ello los derechos fundamentales de los ciudadanos, el juez constitucional está legitimado para hacer el respectivo control y muchas veces inmiscuirse en temas económicos en aras de salvaguardar la dignidad de la persona, cuando la privan de los mínimos para que disfrute de sus derechos.

Si lo anterior se institucionaliza en un Estado, curren dos cosas; la primera es que no se están tomando en serio los derechos fundamentales, el Estado queda completamente deslegitimado, pues lo económico tiene mayor importancia que lo humano. De otra parte, se instaura el “gobierno de los jueces”, donde sus decisiones no serán netamente jurídicas sino más bien políticas impactando las finanzas del Estado. Lo ideal sería que esto no sucediera, que el Estado Comprometido hiciera realidad todos los derechos fundamentales, y los jueces dedicados a fallar en derecho.

25 Cf. UPRYMNY, Rodrigo. *Legitimidad y Conveniencia del Control Constitucional a la Economía*.

26 Cf. Art. 334 Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Primera edición. Legis. Bogotá. 2005.

CALDERA, Ynfante, Jesús Enrique. Estado y Derecho en clave constitucional: Aproximaciones al fenómeno de la constitucionalización en el marco la carta jurídico-política de 1991. *La constitucionalización de la actividad política y del modelo de estado*. Pág. 58.

CAMARGO, Pedro Pablo. *Manual de Derechos Humanos*. Leyer. Tercera edición. Bogotá 2006. Décima Edición Temis. Bogotá. 2006

CASTILLO, Olivia Reina. La Protección Judicial de los Derechos Sociales. Leyer. Bogotá. 2004. Pág. 16

DIAZ, Sanabria Catherine. Estado y Derecho en clave constitucional: Aproximaciones al fenómeno de la constitucionalización en el marco la carta jurídico-política de 1991. *La constitucionalización de la Seguridad Social*. Pág. 223.

GÓMEZ, Sierra Francisco. *Constitución Política de Colombia Anotada* Leyer. Bogotá. 2009. Pág.14. ART. 3

HENAO, Hidrón Javier. *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano*. Decimotercera edición. Temis. Bogotá 2004. Pág. 172 – 174 y 203.

NARANJO, Mesa Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políti*

QUINCHE, Ramírez Manuel Fernando. *Derecho constitucional Colombiano. De la Carta de 1991*. Ibáñez. Bogotá. 2008.

Robert, Alexis. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.

Sentencia 001 de 2008. M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil

Sentencia 016 de 2007. M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia T- 003 DE 2009. M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla

Sentencia T- 034 de 2007. M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T- 062 de 2007. M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

Sentencia T 570 de 1992. M.P. Dr. Jaime Sanín Greiffenstein.

Sentencia T- 763 de 2007. M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández

Sentencia T-763 de septiembre 25 de 2007, M. P. Dr. Clara Inés Vargas Hernández.

UPRIMNY, Rodrigo. *EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*.

UPRIMNY, Rodrigo. *Las Transformaciones Constitucionales Recientes en América Latina: Tendencias y Desafíos*. 2010, página 5.

UPRYMNY, Rodrigo. *Legitimidad y Conveniencia del Control Constitucional a la Economía*.

ABRAMOVICH, Víctor Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.