
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

La protección judicial de los derechos sociales

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría
Editores



Néstor Arbo Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593) 2 2464 929, Fax: 2469914
www.minjustica-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Organización de las Naciones Unidas

Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593) 2 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
Tatiana Hidalgo Rueda
Nicole Pérez Ruales

Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Guillermo Fernández-Maldonado Castro
Esther Almeida Silva
Jacqueline Carrera Ojeda
Christel Drapier
Sergio Rubio

Corrector de estilo:

Miguel Romero Flores (09 010-3518)

ISBN: 978-9978-92-751-9

Derechos de autor: 031982

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores*

Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador

1ra. edición: octubre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica</i> , Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
Presentación	ix
<i>José Manuel Hermida</i> , Coordinador Residente del sistema ONU en Ecuador	
Introducción	xiii
I. Conceptos generales	
Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales	3
<i>Victor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo”	31
<i>Gerardo Pisarello</i>	
Eficacia de la Constitución y derechos sociales, esbozo de algunos problemas	55
<i>Miguel Carbonell</i>	
II. Derechos específicos	
El derecho a la alimentación como derecho justiciable	91
<i>Christian Courtis</i>	
La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos	117
<i>Christian Courtis</i>	
El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos: las observaciones generales de la ONU	173
<i>Miguel Carbonell</i>	
Notas sobre la justiciabilidad del derecho a la vivienda	191
<i>Christian Courtis</i>	

III. Experiencias nacionales

La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias.....	203
<i>Víctor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de de Brasil de 1988	241
<i>Ingo Wolfgang Sarlet y Mariana Filchtiner Figueiredo</i>	
La jurisdicción social de la tutela en Colombia.....	301
<i>Rodolfo Arango Rivadeneira</i>	
Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia	321
<i>César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco</i>	
El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina.....	375
<i>Diego López Medina</i>	
Los derechos económicos, sociales y culturales en Costa Rica	417
<i>Carlos Rafael Urquilla Bonilla</i>	
Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos	451
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
El experimento de Sudáfrica con los derechos socio económicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando?	479
<i>Danie Brand</i>	

IV. La protección judicial de los derechos sociales en Ecuador

Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano	543
<i>Ramiro Avila Santamaría</i>	
Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección	577
<i>Carolina Silva Portero</i>	
La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana	617
<i>Pablo Alarcón Peña</i>	

Nota biográfica de los autores y autoras.....	679
-----------------------------------------------	-----

La jurisdicción social de la tutela¹

Rodolfo Arango

Introducción. 1. Características de la jurisdicción social de la tutela. 1.1. Jurisdicción de mínimos y no de máximos. 1.2. Jurisdicción constitucional y no legal. 1.3. Jurisdicción objetiva y no *ad hoc*. 1.4. Jurisdicción de precedente y no de derecho legislado. 1.5. Jurisdicción difusa y no centralizada. 1.6. Jurisdicción en equidad y no de legalidad. 1.7. Jurisdicción gradualista y no de absolutos. 2. Contribución de la jurisdicción social de la tutela a la realización del Estado social de derecho. 2.1. Vida e integridad personal. 2.2. Educación. 2.3. Salud. 2.4. Trabajo. 2.5. Vivienda. 2.6. Seguridad social. 2.7. Indigentes. 3. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Uno de los avances más importantes del constitucionalismo colombiano lo constituye la creación de la Corte Constitucional y la adopción de amplios mecanismos para la protección de los derechos constitucionales como son las acciones de tutela, populares y de cumplimiento. La Corte Constitucional, órgano de cierre del ordenamiento jurídico y supremo guardián de la Constitución, ha contribuido a que la Constitución de 1991 no se quede en el

1 Rodolfo Arango, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía de Derecho, No. 33, 2004, pp. 193-218

papel, sino que se convierta en factor de transformación de la realidad social de conformidad con los principios, derechos y deberes constitucionales. Por su parte, la acción de tutela ha significado, pese a algunos abusos en su ejercicio, el más formidable instrumento para que la población pueda defenderse de la arbitrariedad oficial, de la arrogancia y del abuso del poder tanto de funcionarios públicos como de los particulares. Pero por sobre todo, la conjunción de justicia constitucional y tutela, en lo que podemos denominar “la jurisdicción social de la tutela”, ha contribuido decisivamente a iniciar la construcción de un Estado social de derecho en Colombia, así las condiciones materiales no estén dadas aún para su consolidación.

La jurisdicción social de la tutela es un primer y legítimo desarrollo para la realización del Estado Social de Derecho. Tal es la tesis que deseo defender en esta ocasión. El objetivo de mi conferencia será entonces mostrar cómo las decisiones de tutela en materia social, proferidas principal pero no exclusivamente por la Corte Constitucional en la última década, han ido edificando nuestro Estado Social de Derecho sobre una base argumentativa jurídica y filosófica sólida, aun cuando todavía falte mucho por hacer. Ello, lejos de ser negativo, es un importante avance para que algún día tengamos en Colombia un orden político, social y económico justo. Para comprender cómo se ha ido construyendo el Estado social de derecho es importante superar una comprensión preconstitucional del derecho ajena a la sociología, a la ética, a la filosofía y a la política, y evaluar los avances y retrocesos de dicho proyecto con un espíritu crítico. Tal es la perspectiva asumida en estas páginas.

En el desarrollo de mi tesis describiré primero lo que considero son siete características básicas de la jurisdicción social de la tutela, aunque algunas de ellas son predicables de la jurisdicción de tutela en general; en un segundo aparte mencionaré algunas de las contribuciones de la jurisdicción social de la tutela a la realización del Estado social de derecho. Terminaré con algunas breves conclusiones.

1. Características de la jurisdicción social de la tutela

Entre las características distintivas de la jurisdicción social de la tutela pueden resaltarse siete: se trata de una jurisdicción 1) de mínimos y no de máximos; 2) constitucional y no legal; 3) objetiva y no *ad hoc*; 4) de precedente y no

de derecho legislado; 5) difusa y no centralizada; 6) de equidad y no de legalidad; 7) gradualista y no de absolutos.

1.1. Jurisdicción de mínimos y no de máximos

Cuando las personas acuden a los jueces de tutela para que se garantice el pago debido del salario² o de la pensión ya reconocida de forma que se asegure su única fuente de subsistencia, la jurisprudencia ha reconocido y protegido su derecho fundamental al mínimo vital³, no obstante la existencia de las acciones laborales ordinarias. La razón es obvia: al trabajador o al pensionado no les es exigible, moral ni constitucionalmente, tener que acudir a un juicio ordinario de prolongada duración cuando el cumplimiento del derecho fundamental puede garantizarse inmediatamente en aras de preservar valores más altos. También en casos de desplazamiento, de indigencia y de desamparo, la justicia constitucional protege el derecho al mínimo vital. Este derecho cumple la función de asegurar a toda persona los medios necesarios para una existencia digna. Con ello la jurisdicción social de la tutela no se convierte en la lámpara de Aladino. El derecho fundamental al mínimo vital sólo es reconocido en casos de urgencia en los que la subsistencia de la persona o de su familia se ve comprometida. La jurisdicción social de la tutela no es una de máximos, donde se garantice la justicia plena, sino una de mínimos, que impide que la persona caiga por debajo del nivel de vida que le permite reconocerse y ser reconocida como una persona digna de igual consideración y respeto por los demás⁴.

2 Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, “las hipótesis fácticas mínimas que deben cumplirse para que puedan tutelarse el derecho fundamental al mínimo vital mediante la orden de pago oportuno del salario debido son las siguientes: (1) Que exista un incumplimiento salarial (2) que afecte el mínimo vital del trabajador, lo cual (3) se presume si el incumplimiento es prolongado o indefinido, salvo que (4) no se haya extendido por más de dos meses excepción hecha de la remuneración equivalente a un salario mínimo, o (5) el demandado o el juez demuestren que la persona posee otros ingresos o recursos con los cuales puede atender sus necesidades primarias vitales y las de su familia, (6) sin que argumentos económicos, presupuestales o financieros puedan justificar el incumplimiento salarial.” (Sentencia T-148 de 2002).

3 Arango, Rodolfo, Lemaitre, Julieta, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital, Estudios Ocasionales*, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CIJUS), Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002.

4 Considero así que las críticas elevadas contra el concepto de urgencia, que he defendido en otros lugares (ver *infra* notas 9 y 10), como criterio para establecer la vulneración de los derechos sociales

1.2. Jurisdicción constitucional y no legal

La jurisdicción social de la tutela es de origen constitucional, no legal. Ello ha quedado claro desde un principio en los fallos T-002, 401, 406 y 426 de 1992 de la Corte Constitucional, en los que se acogió la tesis de que la determinación de la fundamentalidad de un derecho se gana por vía interpretativa a partir de las circunstancias concretas del caso. Por ejemplo, si bien la salud en principio no es reconocida como un derecho fundamental en el texto constitucional, adquiere este carácter y es tutelable cuando, por conexidad, su no reconocimiento puede afectar otros derechos fundamentales como la vida y la integridad personal. La doctrina de la conexidad expresa lo que en el terreno de la filosofía política y moral se conoce como el criterio de urgencia⁵, el cual tiene la virtud de colocar sobre una base objetiva lo que, en principio, sería asunto de preferencias subjetivas, no susceptibles de generalización ni de reconocimiento por vía de una doctrina de la razonable. De esta forma, los jueces de tutela han venido aplicando directamente la Constitución para proteger los derechos fundamentales frente acciones u omisiones de las autoridades y de los particulares sin que la falta de desarrollo legal sea impedimento para ello.

1.3. Jurisdicción objetiva y no *ad hoc*

Una de las grandes preocupaciones entre legos del derecho ha sido, no sin razón, el riesgo de politización de la justicia constitucional por la vía de fallos

fundamentales, carecen de fundamento. Dichas críticas ven en la jurisdicción social de mínimos un equivalente del concepto de “focalización” en el manejo y destinación de recursos públicos a personas en situaciones de pobreza, lo cual equivaldría a una concepción miserabilista de los derechos económicos, sociales y culturales (José Luciano Sanín Vásquez, Los derechos económicos, sociales y culturales en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, manuscrito). A mi juicio, la exigibilidad jurídica de los derechos sociales no debe confundirse con la demanda política que busca la realización plena de los derechos humanos sociales. Estimo que la demanda política puede y debe ser maximalista, en aras de asegurar el mayor compromiso posible de los Estados en el cumplimiento de tales derechos. Pero en lo jurídico estimo que la exigibilidad judicial debe limitarse a garantizarle a toda persona en situaciones límite el derecho fundamental al mínimo vital, de forma que el reconocimiento judicial de los derechos sociales no termine por eliminar la autonomía individual mediante alguna forma indeseable de perfeccionismo moral (cita) o de totalitarismo de estado.

5 Arango, Rodolfo, “La protección nacional e internacional de los derechos humanos sociales”, en: Alonso, M.A./Giraldo Ramírez (eds.), *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*, Ediciones Escuela

contextuales, dependientes de las circunstancias concretas del caso. Este temor se justificaba en una primera etapa del desarrollo del derecho constitucional de los derechos fundamentales, donde los jueces de tutela carecían de los instrumentos conceptuales y técnicos para cumplir con la delicada función a ellos encomendada. Pero una década de jurisprudencia constitucional ha permitido reducir, aunque no eliminar, el peligro de los fallos *ad hoc*, sinónimos de favoritismo y ejercicio amañado del derecho. Gracias a la fuerza centrípeta de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en especial del derecho fundamental al mínimo vital, y la creciente importancia del precedente en nuestro sistema constitucional, es posible observar una convergencia de criterios objetivos para la determinación de vulneraciones a los derechos sociales fundamentales⁶. En este desarrollo ha sido especialmente significativo, dadas las dimensiones del problema, la doctrina de los estados de cosas inconstitucionales, que busca atacar el fenómeno de incumplimiento sistemático y generalizado de las autoridades en ámbitos como la situación de las comunidades desplazadas, la situación carcelaria (T-153 de 1998) o la situación pensional en el Municipio de Montería (T-606 de 1999). Esta doctrina representa un aporte original y de enorme trascendencia para “el derecho constitucional de la pobreza” en países del tercer mundo –como bien lo bautizara su autor y actual Defensor del Pueblo, Eduardo Cifuentes Muñoz – ya que no sólo propicia la colaboración armónica entre ramas y entidades del estado y refleja el funcionamiento del sistema de pesos y contrapesos, sino que obliga a las autoridades públicas a mantener presente su vinculación a los fines esenciales del Estado.

1.4. Jurisdicción de precedente y no de derecho legislado

La jurisdicción social de la tutela se ha consolidado como una jurisdicción de precedente y no de derecho legislado. Un buen ejemplo de ello es la evolución de la doctrina del derecho fundamental al mínimo vital. Este derecho de creación jurisprudencial (T-426 de 1992) ha tenido un importante desarrollo. En un primer momento las demandas de tutela por incumplimiento salarial o pensional se veían como un asunto ordinario cuya resolución no

Nacional Sindical, Bogotá, 2001, pp. 145 y ss.

6 Arango, Rodolfo, “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, Revista de Derecho Público No. 12, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001.

correspondía a la jurisdicción de tutela; pero luego se admitió como razonable que si el salario o la pensión son la única fuente de ingreso para el trabajador o su familia y el incumplimiento es prolongado (T-597 de 1998), entonces la tutela es la vía adecuada para proteger los derechos fundamentales afectados; más tarde, en materia probatoria, la Corte avanzó en dicha protección al acoger la doctrina según la cual se presume la vulneración del mínimo vital en casos de incumplimiento prolongado en el pago de salarios y pensiones constitutivos de la única fuente de ingreso de la persona (SU-995 de 1999). Tal evolución jurisprudencial se ha convertido en doctrina constitucional ampliamente seguida en la jurisprudencia de ratificación, mecanismo empleado por la Corte para unificar las decisiones constitucionales de jueces y tribunales del país de conformidad con la doctrina constitucional vigente.

Una importante advertencia cabe hacer respecto de carácter del precedente de las jurisprudencias de tutela, particularmente de las sentencias de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional. Su desconocimiento puede conllevar incluso la sanción de nulidad de las sentencias de revisión dictadas por las salas de la propia Corte Constitucional. Con ello se muestra que la jurisdicción de la tutela en general, y la jurisdicción social de la tutela en particular, constituye una jurisdicción evolutiva, flexible a los cambios y contraria a la defensa de investiduras o de los argumentos de autoridad. No sólo los jueces y tribunales constitucionales del país, sino también las propias Salas de Revisión de la Corte Constitucional, en virtud del respeto al precedente y al principio de igualdad que le subyace, están vinculados a los precedentes constitucionales y deben respetarlos, salvo que puedan presentar argumentos de tal peso que justifiquen un cambio de jurisprudencia en la materia.

1.5. Jurisdicción difusa y no centralizada

Una de las mayores ventajas de la jurisdicción constitucional de tutela en Colombia radica en que ella, a diferencia del sistema concentrado existente en Europa y en otros países que han adoptado el control constitucional, está compuesta por la totalidad de los jueces de la república. Se trata de una jurisdicción difusa que maximiza el principio de inmediación y, con ello, el acceso a la justicia para la protección de los derechos fundamentales. En el caso

de la jurisdicción social de la tutela, de no ser por su carácter descentralizado, hace tiempo la protección judicial de los derechos sociales habría fracasado dado el altísimo grado de incumplimiento de sus deberes y obligaciones por parte de las autoridades públicas y los particulares. Por fortuna, la inmediatez e informalidad de la acción de tutela han permitido que la realidad sea otra, y que las acciones de tutela por violación de los derechos a la vida, a la salud y al trabajo hayan pasado de representar el 15% del total de acciones de tutela en 1995 a 33% en 1999⁷. Esta respuesta de la jurisdicción social de la tutela, aunque muestra la preocupante recesión económica en el país y obsolescencia de la justicia laboral ordinaria,⁸ ha evitado que miles y miles de colombianos sean empujados a la desesperación absoluta por la desprotección estatal frente al incumplimiento legal y contractual.

Ahora bien, no deja de ser un enorme problema que requiere la atención de los jueces y tribunales constitucionales, y en particular de la Sala Plena de la Corte Constitucional, la existencia de multiplicidad de criterios y doctrinas, muchas veces contradictorias entre sí, lo cual va en desmedro de la racionalidad y la coherencia de la jurisprudencia de derechos fundamentales y del respeto debido al principio de igualdad. Es por ello que en el balance del trabajo de una década de justicia constitucional la unificación jurisprudencial, oportuna y permanente, parece ser una de las tareas prioritarias para la Corte Constitucional y la doctrina, ya que es la Academia la principal llamada a controlar al supremo guardián de la Constitución.

1.6. Jurisdicción en equidad y no de legalidad

La denominación de la jurisdicción de tutela como una jurisdicción en equidad se le debe al actual magistrado de la Corte Constitucional, Manuel José Cepeda Espinosa. La jurisdicción de tutela va más allá de la ley, la corrige y evita resultados contrarios al ordenamiento jurídico. A diferencia del ejercicio de la jurisdicción ordinaria, en la jurisdicción constitucional los jueces, lejos de ocuparse exclusivamente por la sujeción a la ley, deben inspirarse en los

7 Rama Judicial del Poder Público, *Estadísticas sobre la acción de tutela*, Bogotá 1999, pp. 47-49.

8 Ver al respecto la rigurosa investigación de César Rodríguez, "La Justicia Laboral", en: Santos, Boaventura de Sousa, García Villegas, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Colciencias *et al.*, Bogotá, 2001, pp. 615 y ss.

principios constitucionales y maximizar la protección de los derechos fundamentales. Estos, entendidos como derechos humanos positivizados en la constitución, son el mínimo de justicia al que debe condicionarse la actuación de las autoridades públicas, en particular de los jueces al momento de establecer su vulneración y de adoptar las medidas necesarias para su protección efectiva, incluso yendo más allá de lo pedido por las partes cuando ello sea indispensable para brindar plena protección a los derechos fundamentales. La jurisdicción social de la tutela rememora el derecho pretoriano romano que en aras de asegurar una decisión justa corrige el sentido de la ley al momento de su aplicación.

1.7. Jurisdicción gradualista y no de absolutos

La construcción del Estado social de derecho es una tarea de grandes proporciones. Por ello, los progresos en esa dirección sólo pueden ser graduales. Varias son las etapas previas a su realización efectiva: su desarrollo legal, la reglamentación de las funciones y los procedimientos de las instituciones llamadas a realizarlo, la asignación de presupuesto para asegurar su funcionamiento, y la ejecución de la prestación. En cada uno de estos niveles pueden presentarse fallas. La jurisdicción social de la tutela cumple la función de asegurar el respeto de los derechos sociales fundamentales en cada uno de tales niveles. En esto la acción de tutela es complementaria a las acciones de inconstitucionalidad, de cumplimiento y populares. Ella sirve para corregir el rumbo en la ejecución de las políticas públicas de forma que el individuo no acabe siendo sacrificado en la persecución de objetivos colectivos dentro de una lógica utilitarista. El gradualismo en la defensa de los derechos sociales fundamentales no debe ser interpretado, por otra parte, como una menor garantía de los mismos. La exigibilidad de los mínimos sociales no es susceptible de aplazamiento o transacción. Esta conclusión salta a la vista en la jurisprudencia constitucional que reconoce y protege el derecho fundamental al mínimo vital.

2. Contribución de la jurisdicción social de la tutela a la realización del Estado social de derecho

La primera y más importante contribución de la jurisdicción social de la tutela es el cambio de mentalidad respecto a la importancia de los derechos fundamentales en una sociedad democrática. Los fallos de tutela sobre derechos sociales fundamentales son una muestra de la transformación de la cultura jurídica y su sensibilización respecto de las necesidades básicas y la prioridad política de tomarse en serio el reconocimiento efectivo de los derechos de las personas. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha venido diseñando y poniendo en práctica una concepción moderna del Estado en la que el cumplimiento de los deberes sociales del Estado ocupa un lugar central. Si bien es cierto que los deberes sociales y la forma de hacerlos exigibles no han tenido un desarrollo equivalente al de los derechos fundamentales, la jurisdicción social de la tutela viene abordando cada vez con mayor frecuencia e intensidad el tema de los deberes sociales del Estado y los particulares. Es así como algunos fallos de tutela aplican (T-1330 de 2001, T-149 de 2002) un control de la responsabilidad constitucional por incumplimiento de los deberes sociales, que en no pocos casos entraña el amparo de un derecho vulnerado por acción u omisión. En los casos que a continuación se presentan como ejemplos de la contribución de las decisiones de tutela a la construcción del Estado social de derecho se refleja cómo y en qué magnitud los jueces han tenido que enfrentarse a la arbitrariedad, a la desidia, a la ignorancia, al desgüeño, a la falta de planeación y a la irresponsabilidad de las autoridades públicas y en ocasiones de los mismos particulares. La función pedagógica, ética y crítica de la jurisprudencia de tutela apunta a construir un Estado social de derecho en el cual el disfrute de los derechos y el cumplimiento de los deberes sociales sean una realidad basada en criterios objetivos y razonables. Aunque se reconoce que tal finalidad depende de múltiples factores, algunos de ellos cuyo control no está en manos de los jueces, lo cierto es que el derecho también debe evolucionar hacia un derecho social, que a partir del desarrollo jurisprudencial se convierta en uno de los fundamentos de la reconstrucción del país.

Veamos entonces si las características de la jurisdicción social de tutela han contribuido a la construcción de un Estado social de derecho

que promueve la igualdad real, protege a las personas en condiciones de debilidad manifiesta, y propicia la inclusión y la participación de personas o grupos marginados o discriminados en los asuntos y las decisiones que los afectan.

2.1. Vida e integridad personal

Con relación a los derechos a la vida y a la integridad personal, la jurisprudencia sobre protección de personas en estado de pobreza y abandono (T-401 de 1992, T-533 de 1992, T-1330 de 2001, T-149 de 2002), pese a no ser tan numerosa como la jurisprudencia sobre salud, salarios y pensiones, ha sentado las bases para exigir prestaciones positivas del Estado en forma inmediata. Más adelante me referiré específicamente al caso de los indigentes y la actitud del Estado frente a este grupo de la población. Por otra parte, ante la situación de violencia generalizada, los fallos que ordenan la protección a desplazados y los que reconocen el traslado o reubicación laboral de una persona que ha sido víctima de amenazas (T-981 de 2001), son ejemplos de la respuesta de la jurisdicción social de tutela ante las omisiones de las autoridades públicas que vulneran derechos a la vida y a la integridad personal. Los jueces de tutela dan así primacía a los derechos a la vida y a la integridad personal sobre el ejercicio de la facultad discrecional de la administración para organizar su planta de personal según las necesidades del servicio.

2.2. Educación

En materia de educación, la jurisdicción constitucional ha impedido, entre otras, la suspensión del servicio educativo –incluso de preescolar– como consecuencia de la demora de los acudientes en el pago de las mesadas a entidades de educación particulares (T-356 de 2001). Esta decisión se funda en el carácter de servicio público de la educación, pero también en razones de equidad: si el estudiante es separado del plantel educativo por el incumplimiento de los padres pese a que resulta muy difícil obtener cupo en otro establecimiento educativo cuando ya se encuentra iniciado el año lectivo, se lesiona su derecho fundamental a la educación, ya que se crea un vacío en el desarrollo del proceso educativo del estudiante. Lo anterior sin desmedro de

la facultad de los particulares de perseguir el cobro de lo debido por concepto del servicio educativo prestado⁹.

Ahora bien, con respecto a la imperiosa necesidad de protección a víctimas del desplazamiento forzado, la Corte en reciente decisión ha ordenado dar prioridad en la asignación de cupos educativos a familias víctimas de la violencia (Decreto 2231 de 1989), con exoneración total del pago de matrícula y pensión para niños que ingresen a la educación preescolar, de primaria y de secundaria, hasta el grado 9 y los 15 años de edad. Se trataba en este caso de brindarle protección a miles de familias hacinadas en el coliseo cubierto de Quibdó, luego de que en 1997 tuvieran que abandonar sus hogares ante la presión de los grupos paramilitares en los municipios de Turbo, Bojayá y Carmen de Atrato, entre otros.

2.3. Salud

La Constitución reconoce el derecho a la salud y difiere al legislador su regulación de conformidad con los principios de eficacia, universalidad y solidaridad. Pero también permite la prestación de este servicio público por particulares, sujetos a la vigilancia del Estado. Aunque buena parte de la prestación de salud se dejó por Constitución al sistema de libre mercado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido el carácter fundamental al derecho a la salud en casos en que su no reconocimiento lesione o amenace lesionar otros derechos fundamentales. La jurisdicción social de la tutela ha extendido, por razones constitucionales y de equidad, el cubrimiento del servicio público de salud a personas que, en principio desde la perspectiva legal, no tendrían una protección garantizada en el libre mercado. Esto es el caso de una mujer afectada por una enfermedad mental que, al haber dado a luz un hijo (SU-1167 de 2001), fue excluida del servicio de salud al presumirse por

9 El siguiente es el precedente sentado por la Corte Constitucional para el caso objeto de revisión en la sentencia T-356 de 2001: “cuando durante el transcurso del período lectivo una institución privada suspende de manera abrupta a un menor que se encuentra cursando preescolar, impidiéndole así seguir asistiendo a clase, por el hecho de que sus padres o responsables no han pagado la pensión, se incurre en una violación al derecho fundamental a la educación. La institución educativa dispone de otros medios legítimos para exigir el pago de la pensión y para reducir los costos en que incurre por prestarle el servicio al menor”.

la empresa que había conformado un nuevo núcleo familiar y no estaba, en consecuencia, cobijada ya más por el seguro médico de su padre en calidad de empleado. La Corte estableció que tal presunción era errónea, ya que la joven por su enfermedad mental no podía autodeterminarse y desconocía quién era el padre de su hijo, sin que en ningún momento hubiera constituido un núcleo familiar diferente al de su procedencia. En otras ocasiones, la Corte ha abordado el tema del titular de la obligación –la persona, su familia, la comunidad o el Estado– y ha establecido un orden de precedencia de las personas o entidades a quienes les son exigibles las obligaciones correlativas al derecho fundamental a la salud. Ha sostenido la Corte que “en principio, la atención y protección de los enfermos son responsabilidades que emanan del principio de autoconservación y se atribuyen en primer término al propio afectado. Si esto no acontece, se esperaría que por su naturaleza estos deberes surgieran de manera espontánea en el seno del núcleo familiar, respaldados siempre en los lazos de afecto que unen a sus miembros. Pero de no ser así, y con el propósito de guardar la integridad del ordenamiento jurídico y social, es posible recurrir al poder estatal” (T-209 de 1999). A juicio de la Corte “la defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir –dentro del marco institucional–, para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud” (T-505 de 1992). Por su parte, los jueces de tutela han brindado protección a los enfermos del Sida frente a la discriminación en su contra dados los altos costos del tratamiento y el riesgo de contagio (T-849 de 2001), extendiendo la cobertura del servicio de salud. Ahora bien, el gradualismo y el carácter de jurisdicción de mínimos y no de máximos se observa, por ejemplo, en la sentencia T-889 de 2001 de la Corte Constitucional, la cual establece las hipótesis fácticas mínimas para evaluar la razonabilidad del plazo que se toma una entidad prestadora de salud para brindar el servicio. El precedente constitucional a este respecto establece que “para la prestación oportuna de un servicio médico, no es razonable el plazo que es indeterminado o cuya determinación es librada a decisiones eventuales dentro de un rango temporal muy amplio cuando (i.) la gravedad de la enfermedad requiere un tratamiento urgente, (ii.) el tipo de procedimiento ordenado por los médicos, al diferirse en el tiempo, pierde efectividad para aliviar el dolor o evitar la

progresión fatal de la enfermedad, y (iii.) la entidad podría disponer de recursos para fijar en un lapso menor las características y la frecuencia del tratamiento requerido. Estos son los elementos fácticos mínimos cuya comprobación conduce a la concesión de la tutela que presente, (...) quien necesita y reclama una atención médica oportuna”.

2.4. Trabajo

La protección del derecho al trabajo por vía de la acción de tutela ha tenido múltiples manifestaciones, dentro de las que pueden mencionarse las siguientes: 1) La protección de la posesión y del aporte económico de la mujer que ha contribuido con su trabajo a la sociedad conyugal de hecho (T-494 de 1992); 2) La orden dirigida por la Corte constitucional al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para que en un plazo máximo de seis meses diseñe, adopte y ejecute un programa que garantice los derechos de los trabajadores temporales y establezca los correctivos necesarios que eviten que las empresas de servicios temporales y sus empresas usuarias incurran en graves irregularidades para beneficiarse de las ventajas que ofrecen este tipo de contratos; 3) La protección especial del derecho a la estabilidad laboral a trabajadores disminuidos físicamente (T-1040 de 2001); 4) La orden impartida por la Corte a una entidad pública de pagar el salario de los trabajadores de una empresa particular acreedora de la administración pública, que no había podido cumplir con sus obligaciones laborales por el incumplimiento del Estado; 5) La protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas frente al ejercicio del despido unilateral por parte del patrono (T-255 A de 2001). Todos estos casos constituyen decisiones de la jurisdicción social de la tutela que, basadas en la equidad, en razones objetivas y constitucionales y en precedentes, muestran cómo los jueces de tutela también contribuyen a la protección y realización del derecho social al trabajo, así sea en poca medida vistos los índices de desempleo.

2.5. Vivienda

El derecho a la vivienda digna es la oveja negra de los derechos sociales. Salvo las sentencias de inconstitucionalidad del sistema UPAC (C-700 de 1999 y

C-747 de 1999), los jueces de tutela en contadas ocasiones han protegido este derecho constitucional, aunque no en forma directa sino mediante el reconocimiento de derechos conexos, como el derecho a la igualdad en el acceso al crédito para adquirir vivienda. Es así como, una pareja portadora del VIH recibió protección de sus derechos a la igualdad y al acceso a la vivienda ante la negativa de una aseguradora de expedir una póliza de vida exigida como requisito para acceder a un programa de adjudicación de vivienda de interés social (T-1165 de 2001). Sorprende, por otra parte, observar el entendimiento del derecho a la vivienda como “derecho a la propiedad de una vivienda”. Bien podría el Estado fomentar la realización del derecho a la vivienda mediante políticas de subsidio a arrendatarios o arrendadores, de forma que toda persona tenga un techo digno –así sea arrendado– bajo el cual vivir, sin que tenga que interpretarse que el derecho a la vivienda implica el derecho a la vivienda propia.

2.6. Seguridad social

En contraste con el derecho a la vivienda, el derecho fundamental a la seguridad social ha tenido gran significación para proteger a personas de la tercera edad a quienes se adeudan mesadas pensionales que son su única fuente de ingreso. La doctrina del derecho fundamental al mínimo vital ha servido para garantizar a los pensionados su derecho a la pensión (T-426 de 1992, SU-995 de 1999), sin que el argumento de la crisis económica esgrimido por las entidades públicas sea de recibo para justificar el no pago oportuno de la misma (T-606 de 1999). Por otra parte, la jurisdicción social de la tutela ha exigido a las entidades obligadas a emitir, expedir y pagar el bono pensional a una persona que procedan a hacerlo sin dilaciones injustificadas, ya que la tardanza vulnera el derecho fundamental a la seguridad social (T-1044 de 2001). En otras ocasiones, los jueces de tutela, con fundamento en los principios de dignidad humana, solidaridad y de equidad, han concedido protección transitoria a personas de la tercera edad a quienes, luego de trabajar durante décadas en el servicio doméstico de una familia, se les niega el derecho a la pensión de jubilación, y han ordenado el pago de un salario mínimo mensual por concepto de pensión para cubrir las necesidades básicas de la persona mientras se adelanta el proceso laboral ordinario respectivo (SU-062

de 1999, T-092 de 2000 y T-1055 de 2001). Se trata de un avance significativo en el establecimiento de un índice de justicia entre particulares y la protección del trabajo doméstico¹⁰. El derecho al mínimo vital cumple así la función de impedir la crasa injusticia en las relaciones privadas, de forma que los derechos fundamentales también tengan efectos horizontales respecto de los particulares.

2.7. Indigentes

Quizás el caso paradigmático en lo que respecta a la construcción de un Estado Social de derecho en Colombia lo representa el tema de los indigentes, ya que su condición los priva de todos los derechos sociales fundamentales. Si bien en este terreno se han proferido varios fallos de tutela¹¹, lo cierto es que tienen razón quienes critican a la Corte Constitucional por conservadora cuando observan su timidez a la hora de ordenar la protección de las personas excluidas de la sociedad y carentes de los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas. En una primera etapa, la Corte Constitucional fue decidida a la hora de ordenar al Estado hacerse cargo del cuidado y la protección de inimputables en estado de abandono (T-401 de 1992) o de una persona pobre, sola y anciana que requería una operación de los ojos para no quedar ciega (T-533 de 1992). Pero con el desarrollo legal del derecho a la seguridad social en salud y luego de la intensa crítica de los economistas respecto de los altos costos de los fallos de tutela, la jurisdicción social de tutela se ha vuelto restrictiva a la hora de dictar ordenes que impliquen decretar gasto público, consecuencia ésta que debería ser ponderada con mayor atención cuando lo que está en juego es la vida, la dignidad y la integridad de una persona. Es el caso, por ejemplo, de un grupo de ancianos indigentes en el Municipio de Chaparral que acudieron a la tutela para solicitar que el Alcalde los incluyera en el programa de protección al mayor adulto en situación de indigencia regulado en los artículos 257 y 258 de la Ley 100 de 1993, pero que la Corte rechazó con el simple argumento de que los jueces no pue-

10 Arango, Rodolfo, “El mínimo vital como índice de justicia entre particulares”, Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento, No. 5, Legis, mayo 2000.

11 Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional T-401 de 1992; T-533 de 1992; T-046 de 1997; T-177 de 1999; T-029 de 2001; T-1330 de 2001; T-149 de 2002 y T-258 de 2002.

den sustituir a la administración en el ejercicio de sus competencias, dejando abierta la posibilidad de interponer las acciones de cumplimiento o popular. En esta ocasión la Corte no fue sensible a la real situación de los indigentes implicados, con lo que se echa de menos una más decidida actividad probatoria promovida por la propia Corte (T-029 de 2001).

Pero no todo es negativo a la hora de analizar la función de la jurisdicción social de la tutela en lo relativo a indigentes. Los desarrollos legales en materia de seguridad social en salud o de protección de desplazados son un marco jurídico cuya observancia concierne a los jueces de tutela. Es así como la Corte Constitucional cumple la importante función de controlar la razonabilidad de diseños institucionales y la ejecución de políticas públicas en el campo social, de forma que no baste al Estado pretextar que la ley o la administración son los encargados de asegurar los derechos sociales, económicos y culturales. En sentencia T-1330 de 2001 ordenó la Corte, como en fallos anteriores¹², la reclasificación de una persona en el SISBEN, ya que los criterios empleados no fueron coherentes ni suficientemente sensibles a la situación de abandono de un anciano discapacitado e indigente. Con relación al diseño institucional para la prestación del servicio de seguridad social en salud, la Corte sostuvo lo siguiente: “Ni la estratificación socioeconómica ni la focalización individual –que da cuenta del empleo, el ingreso y las características de la vivienda–, fueron construidas para permitir detectar a quienes están más expuestos a sufrir una u otra enfermedad, a quienes la padecen sin diagnóstico, o a quienes saben que requieren tratamiento y no lo pueden costear; (...) la estratificación socioeconómica y la focalización individual son instrumentos de medida que sólo sirven para mensurar aquello que se tuvo en cuenta al diseñarlos, y en la regulación del SISBEN caben entes pobres abstractos, y no personas en situación. (...). Tal nivel de ineficacia difícilmente puede aceptarse como razonablemente compatible con el orden político, económico y social justo al que se alude en el Preámbulo de la Carta Política” (T-177 de 1999).

La tarea de los jueces constitucionales en el desarrollo del Estado social de derecho no se queda en el control de razonabilidad del diseño institucional

12 Corte Constitucional, sentencias T-307 de 1999, T-177 de 1999, T-185 de 2000, T-1083 de 2000 y T-1063 de 2001.

de forma que no se excluyan personas dignas de protección especial. Ella se extiende a la ejecución de dichas políticas. Por ejemplo, en sentencia T-149 de 2002 la Corte encontró que se vulneraba el derecho a acceder en igualdad de oportunidades a un subsidio para personas mayores en situación de indigencia cuando la administración no suministra la información adecuada necesaria para hacerse acreedor al subsidio. En esta oportunidad la Corte sentó el precedente según el cual “la administración pública debe asegurarse de que en la asignación de beneficios, auxilios, subsidios o ayudas estatales se respete el debido proceso administrativo (art. 29 C.P.), el cual incluye no sólo la prohibición de privar de la prestación al actual beneficiario, sin sujeción al proceso debido establecido en las normas legales vigentes, sino también la exigencia de suministrar información clara, oportuna y completa al potencial beneficiario para que éste tenga la oportunidad efectiva de acceder a tales prestaciones”.

3. Conclusiones

Una evaluación global de la realización actual de los derechos sociales fundamentales a partir de los fallos proferidos por la jurisdicción social de la tutela muestra que salvo el derecho fundamental a la salud, los derechos a la alimentación, al techo, a la seguridad social, a la educación y al trabajo no son garantizados por vía judicial a las personas excluidas de los beneficios del progreso, que son la gran mayoría de la población colombiana. Esta conclusión se ve reflejada en las sentencias relativas a desplazados e indigentes. Los jueces constitucionales se han limitado a controlar la razonabilidad de las actuaciones de las autoridades públicas en el diseño y la ejecución de las medidas para atender a amplios sectores afectados por la violencia y la pobreza, ordenando dar prioridad a los desplazados en la asignación de cupos educativos y de vivienda, pero negando por razones competenciales la protección a indigentes sin acceso a programas gubernamentales. Estos resultados del análisis refutan la tesis según la cual los jueces de tutela usurpan las competencias legislativas y administrativas en materia de derechos sociales; por el contrario, muestran lo conservadores que han sido los fallos de tutela en materia de derechos sociales. El derecho fundamental al mínimo vital,

expresión de los derechos sociales fundamentales mínimos, ha servido más que todo para proteger a trabajadores y pensionados del masivo incumplimiento contractual y legal de los obligados. En el caso de la salud los jueces de tutela han ido algo más lejos, y han protegido a niños, ancianos, discapacitados y enfermos crónicos o terminales con fundamento en la Constitución y no sólo en la ley. No obstante, otros sectores de la población permanecen excluidos de la protección del Estado, por lo que bien se puede afirmar que el Estado social de derecho sigue siendo una aspiración.

La anterior no significa que la jurisdicción social de la tutela no cumpla una importante tarea en la realización del Estado social de derecho. La equívocación al momento de juzgar la efectividad de una Constitución está en atribuirle finalidades que ella sola no puede cumplir. Que el Estado social de derecho no exista aún en Colombia sólo nos dice que debemos hacer mayores esfuerzos intelectuales y materiales para alcanzarlo. Precisamente las características de la jurisdicción social de la tutela —que sea una justicia social de mínimos pero para todos, constitucional, objetiva, de precedente, de equidad, descentralizada y gradual— permiten ir construyendo paso a paso, pero con vocación de permanencia, las condiciones jurídicas y fácticas necesarias para garantizar los derechos sociales fundamentales a todos los colombianos. Prueba de esto son los progresos de la jurisprudencia de tutela en materia de sensibilidad frente a situaciones concretas particulares, la destinación prioritaria de recursos a sectores discriminados o marginados, la primacía de la continuidad académica sobre el factor de lucro, las acciones afirmativas a favor de desplazados, la extensión de las prestaciones de salud más allá de los límites contractuales y legales cuando ello es necesario para preservar la dignidad de la persona, la protección de la mujer, de las trabajadoras temporales, de los discapacitados, de los pensionados y de las personas en situaciones de desventaja en el ámbito laboral. La jurisprudencia social de la tutela cumple una misión más sutil que la de resolver milagrosamente todos los problemas sociales del país. Su función crítica, pedagógica y ética señala los derroteros para construir una sociedad más justa, sin exclusión, discriminación e insensibilidad frente a la marginación social de amplios sectores de la población.

Necesitamos construir dogmáticamente un derecho social que nos permita asegurar las condiciones jurídicas y materiales necesarias para avanzar en un verdadero pacto de paz. El subdesarrollo no sólo se sufre en términos

económicos sino también en términos conceptuales. Por eso en los análisis y estudios constitucionales debiera primar una visión de futuro, esperanzada, constructiva y crítica, y no una visión de pasado, vetusta, amiga de las investiduras, de los manejos de poder y defensora de los privilegios. En ello radica el reto de las nuevas generaciones de juristas: en construir un Estado social de derecho que respetando el Estado de derecho realice los derechos sociales fundamentales para todos, sin exclusiones.

Bibliografía

- Arango, Rodolfo, “El mínimo vital como índice de justicia entre particulares”, *Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento*, No. 5, Legis, mayo 2000.
- “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, *Revista de Derecho Público* No. 12, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001.
- “La protección nacional e internacional de los derechos humanos sociales”, en: Alonso, M.A./Giraldo Ramírez (eds.), *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*, Ediciones Escuela Nacional Sindical, Bogotá, 2001.
- Lemaitre, Julieta, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Estudios Ocasionales, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CIJUS), Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002.
- Rama Judicial del Poder Público, *Estadísticas sobre la acción de tutela*, Bogotá, 1999.
- Rodríguez, César, “La Justicia Laboral”, en: Santos, Boaventura de Sousa/García Villegas, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Colciencias *et al.*, Bogotá, 2001.
- Sanín Vásquez, José Luciano, *Los derechos económicos, sociales y culturales en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, manuscrito.