

Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural*

SUMARIO

I. Los derechos sociales fundamentales en la jurisprudencia constitucional. II. Titularidad de los derechos sociales fundamentales. III. Obligados de los derechos sociales fundamentales. IV. El objeto de los derechos sociales fundamentales. Conclusiones.

RESUMEN

El concepto de los derechos económicos, sociales y culturales ha evolucionado a largo del tiempo en la jurisprudencia constitucional; así, han pasado de ser derechos fundamentales por conexidad a ser reconocidos como verdaderos derechos fundamentales. No obstante este reconocimiento, siguen existiendo suficientes obstáculos como para considerar, por parte del Tribunal Constitucional, que estos derechos son merecedores de una protección judicial reforzada por vía de la tutela.

Este artículo cuestiona la posición esgrimida por la Corte Constitucional y analiza, desde el punto de vista dogmático y teórico, las deficiencias de esta elaboración jurisprudencial, así como cada uno de los elementos que componen la dimensión subjetiva de los derechos sociales, para concluir que no es posible desligar el carácter de fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales, y los mecanismos que estos requieren para su efectivo cumplimiento.

* Fecha de recepción: 28 de octubre de 2009. Fecha de aceptación: 12 de mayo de 2010.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Candidato a Magister en derechos humanos y procesos de democratización, Universidad Carlos III de Madrid - UEC. Auxiliar judicial Corte Constitucional Colombiana. E mail: [Daniel_lmars@hotmail.com].

PALABRAS CLAVE

Derechos económicos sociales y culturales, derechos fundamentales.

ABSTRACT

The concept of *economic, social and cultural rights* has been developed throughout the constitutional jurisprudence time. Recently, these rights have been recognized as fundamental rights because of their conception idea and as of their correlation to a fundamental right. Nevertheless, there are still some obstacles to conceive these rights as tutelages, or protected by way of tutelage process.

This article criticizes and analyses the Colombia Constitutional Court standpoint about rights and their protection, including its burden on the jurisprudential construction as a result of its dogmatic and theoretical point of view.

This analyzes includes some of the key elements that will integrate the subjective dimension of the social rights and concludes with an opinion of the unfeasibility disjointing of the fundamental nature of these rights and the guarantees needed for their effective fulfillment.

KEY WORDS

Economic, social and cultural rights, subjective rights, legitimacy, right of *tutela* and the object of the social rights.

I. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, desde sus fallos iniciales, ha tratado de proporcionar elementos dirigidos a ensanchar el universo de los derechos protegidos por la acción de tutela. Es así como, siguiendo los fallos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, introdujo al ordenamiento jurídico colombiano la herramienta interpretativa de la conexidad.

Este método interpretativo,

... en virtud del cual se relaciona un derecho de rango constitucional, pero al que la propia jurisprudencia ha considerado como no susceptible de protección mediante la acción de tutela, con otro u otros que sí se consideran “tutelables” o con los principios y valores constitucionales para determinar [...] si se está ante un evento en el que es procedente la acción de tutela¹,

1 NÉSTOR OSUNA. “La tutela de derechos por conexidad”, en *Teoría constitucional y políticas públicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 167.

permite al juez constitucional proteger aquellos derechos que, en principio, están excluidos de la órbita de protección de la acción de tutela.

Dentro de este escenario de protección, los derechos constitucionales se podrían clasificar en dos grupos: en primer lugar los derechos fundamentales propiamente dichos, es decir todos los derechos *de aplicación directa*, y, en segundo lugar, los *derechos fundamentales por conexidad o derechos de aplicación indirecta* conformado por

... aquellos que no siendo denominados como tales [es decir, como derechos fundamentales] en el texto constitucional [...] les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos².

En este último grupo se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales que, al no ser considerados derechos fundamentales, no son derechos cuyo amparo se pueda solicitar *prima facie* por vía de tutela.

El desconocimiento de la *iusfundamentalidad* de este tipo de derechos se ha dado por tres razones: la primera es el aceptación por parte de la Corte Constitucional de la clasificación por generaciones, “según la cual el proceso histórico que permitió la consolidación de los derechos humanos enseña una categorización de estos de acuerdo con las pretensiones exigibles”³; con base en ésta categorización el juez constitucional ha sostenido que los derechos económicos, sociales y culturales no poseen dentro de su ámbito de protección pretensiones exigibles. La segunda razón es el carácter prestacional que poseen estos derechos, puesto que exigen la asignación de grandes partidas presupuestarias, así como la existencia de un denso entramado institucional y organizacional destinado a satisfacer las prestaciones de los derechos sociales. La tercera y última razón que esgrime la jurisprudencia es la supuesta indeterminación del contenido de las prestaciones que se encuentran bajo la salvaguardia de estos derechos.

Sin embargo, en los últimos años ha ido surgiendo una nueva línea jurisprudencial que establece que todos los derechos consagrados en la Constitución –lo cual incluye a los derechos económicos sociales y culturales– son fundamentales⁴. La sentencia T-016 de 2007 sostuvo que

... los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que los y las constituyentes quisieron elevar democráticamente a la

2 Corte Constitucional. Sentencia T-571 de 1992.

3 Corte Constitucional. Sentencia T-1041 de 2006.

4 Corte Constitucional. Sentencias T-585 de 2008, T-580 y T-016 de 2007 y T-1041 de 2006.

categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con fuerza vinculante marcan las fronteras materiales mas allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria.

Desafortunadamente, este gran avance de la jurisprudencia se ve opacado por una consideración hecha por la Corte en la sentencia en mención. En esta oportunidad se afirmó por el alto Tribunal que:

... una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra muy distinta [...] las vías que se utilicen para este fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de los principios de equidad, solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que actúan en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas mas necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.

En el caso del derecho fundamental a la salud, por ejemplo, la Corte Constitucional ha subrayado en múltiples ocasiones que este no es un derecho cuya protección pueda solicitarse *prima facie* por vía de tutela. Su connotación prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos dentro de un contexto de recursos escasos⁵.

Como se puede observar en las líneas antes transcritas, del reconocimiento de la fundamentalidad de los derechos sociales, económicos y culturales no se desprende que estos sean susceptibles de protección a través de la acción de tutela. Es decir, se desligaron dos categorías conceptuales que hasta entonces habían sido asimiladas en la jurisprudencia constitucional: de un lado, el carácter fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales y de otro, las vías que estos requieren para su efectivo cumplimiento.

Difiero de esta posición puesto que la separación de estas dos categorías conceptuales constituye un error tanto teórico como dogmático. Desde el punto de vista teórico, porque implicaría privar a los derechos fundamentales de su dimensión subjetiva. Un derecho fundamental es un derecho subjetivo cuando su titular tiene derecho *a exigir* del obligado la prestación debida. Si, como señala la Corte, los titulares de los derechos sociales *no pueden exigir* de los obligados las prestaciones debidas, entonces los derechos sociales no son fundamentales pues es inconcebible, casi contradictorio, señalar que

5 Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007.

existe un derecho fundamental que carece de dimensión subjetiva; baste para ello citar un aparte de la STC 25/81 proferida por el Tribunal Constitucional Español, en la cual se señala:

Los derechos fundamentales tienen un doble carácter. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en el orden de la existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto marco de una convivencia humana justa y pacífica.

Así mismo, la afirmación de la Corte Constitucional es errada desde el punto de vista dogmático ya que contradice abiertamente el artículo 86 de la Constitución. La norma mencionada establece que

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Como se puede deducir de la lectura de la disposición transcrita, la conexión *iusfundamentalidad-medios de hacerlos efectivos* viene dada por la propia Constitución pues ésta reserva la procedibilidad de la acción de tutela a la violación de cualquier derecho constitucional que se considere fundamental, lo que incluiría, sin restricción alguna, los derechos económicos, sociales y culturales según la reciente jurisprudencia de la Corte. En otras palabras, según la Constitución, el reconocimiento de la fundamentalidad de los derechos sociales, económicos y culturales lleva aparejada, como consecuencia necesaria, la posibilidad de hacerlos efectivos por medio de la garantía reforzada que la Constitución ha establecido para los derechos fundamentales, es decir, la acción de tutela.

Demostrada la inescindible conexión, tanto teórica como dogmática, entre la fundamentalidad de los derechos y su mecanismo reforzado de protección, es evidente que para la Corte Constitucional sigue existiendo algún obstáculo para considerar que los derechos sociales, económicos y culturales, aunque fundamentales, no son merecedores de una protección judicial reforzada por vía de la tutela. Esta razón es, como lo acepta la propia Corte en la sentencia mencionada, su connotación altamente prestacional que, al parecer, le arrebató su calidad de derecho subjetivo.

Con el fin de demostrar que los derechos sociales, económicos y culturales son derechos subjetivos, es necesario hacer precisión sobre algunos conceptos de la dimensión subjetiva de los derechos sociales que presentan dificultades

en la etapa de judicialización para lograr una efectiva salvaguardia mediante acción de tutela. Precisamente, el propósito de este escrito es ese: disipar la niebla que se cierne sobre los diferentes elementos que componen la dimensión subjetiva de los derechos sociales –titularidad, obligados y objeto– para que en sede judicial sean debidamente garantizados.

II. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Ser titular de un derecho subjetivo significa ser la persona (ya sea natural o jurídica) llamada a ejercer el derecho subjetivo. En otras palabras, es el sujeto de derechos al cual el ordenamiento jurídico, a través de una norma, le ha reconocido el poder de exigir a otra persona un derecho en sentido estricto, un privilegio, un poder o una inmunidad.

En torno a la titularidad de los derechos fundamentales, que son derechos subjetivos, una de las características que se ha considerado como esencial es su universalidad, entendida ésta como la pertenencia por igual a todo miembro de la especie humana, en todos los tiempos y en todas las situaciones. La universalidad así concebida hace parte de una concepción decimonónica, en donde el hombre era considerado como sujeto supraespacial, atemporal y formalmente igual al resto de los hombres y se presumía que los derechos fundamentales así reconocidos eran valiosos para cualquier sujeto y, en ese sentido, eran universales.

Este paradigma que

... presupone una sociedad integrada por individuos dotados de un alto grado de poder; adultos, aptos para el trabajo, capaces de satisfacer por sí mismos sus necesidades y de emprender proyectos útiles para sus intereses⁶

se resquebraja en la modernidad debido a que esta idealización de la sociedad propuesta por el liberalismo no se compadece de la circunstancia real de que “grandes sectores de la comunidad no pueden valerse por sí mismos”⁷, y es de allí de donde nacen los derechos sociales.

Este cambio marca una nueva visión del hombre, “un hombre histórico, contextualizado social y culturalmente determinado e inserto en el entramado de las relaciones económicas”⁸, lo que fuerza el concepto de universalidad hacia nuevos senderos y determina que deba ser rediseñado. La titularidad

6 CARLOS BERNAL PULIDO. *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 296.

7 ERNEST TUGENTHAT. *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 344 y ss.

8 AA. VV. “Los derechos sociales como derechos fundamentales”, en *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 63.

de los derechos sociales no se puede entender como esa pertenencia por igual a todo miembro de la especie humana, en todos los tiempos y en todas las situaciones, sino que debe ser entendida como una “*titularidad específica*, opuesta a la titularidad abstracta y universal de las libertades clásicas”⁹.

Esta reformulación de la universalidad tiene como fundamento un nuevo concepto de igualdad, en palabras de FERRAJOLI,

... la igualdad jurídica no será otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independiente del hecho, e incluso precisamente por el hecho de que los titulares entre sí son diferentes¹⁰.

En otras palabras,

... los derechos sociales son derechos a beneficiarse de un tratamiento jurídico desigual dirigido a remover o superar ciertas desigualdades fácticas¹¹.

Los derechos sociales así concebidos buscan superar las diferencias, es decir, los desequilibrios materiales instalados en las relaciones sociales y para lograr su

... adecuada protección es preciso singularizar, diversificar y diferenciar los medios en función, tanto de los fines sociales perseguidos, como de la clase de sujetos protegida¹².

Por ello,

... una vez determinados los beneficiarios, la universalidad implica que los derechos sociales deben aplicarse igualmente a todos los que se encuentren en la misma situación¹³.

La universalidad de circunstancia no exige que todos los miembros de la especie humana sean titulares de los derechos sociales, sino que a todos los sujetos que lleguen a estar en determinada situación, por ejemplo, falta de capacidad económica, el ordenamiento jurídico les proporcionará la misma asistencia.

Esta idea de universalidad se reafirma con lo expuesto por TUGENDHAT, quien señala que existen ciertas

9 Ibid., p. 62.

10 LUIGI FERRAJOLI. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4.^a ed., PERFECTO ANDRÉS IBAÑES y ANDREA GREPPI (trads.), Madrid, Trotta, 2004, p. 82.

11 AA. VV. *Los derechos sociales como derechos fundamentales*, cit., p. 65.

12 Ibid., p. 64.

13 Ibid., p. 65.

... reglas de cooperación que [...] integran el contenido de los derechos fundamentales. Estas reglas [...] prescriben deberes de actuar que tienen un doble efecto de irradiación. Dichos deberes se proyectan en primer lugar sobre el propio afectado –a quien su status inicial como persona autónoma impone la obligación de auto ayuda–. Sin embargo, si estos deberes positivos no pueden ser satisfechos en esta primera instancia, se traspasan, de modo subsidiario, a todos y cada uno de los miembros de la sociedad, que se aúnan en el Estado para procurar el correspondiente deber prestacional que satisfará el derecho social¹⁴.

La doble irradiación de los deberes que emanan de los derechos sociales definida por TUGENDHAT reviste la ventaja de que “concilia el imperativo de satisfacer las necesidades básicas de cada individuo con su consideración como sujeto autónomo y capaz”¹⁵.

Otro aspecto a dilucidar en cuanto a la titularidad de los derechos sociales es su supuesta titularidad colectiva, considerando la “relevancia que adquiere la dimensión supraindividual para la tutela de determinados intereses y necesidades vitales y la exigencia de tomar en cuenta los específicos condicionamientos existenciales de las diferentes categorías de sujetos que devienen destinatarios de las políticas sociales”¹⁶, por ejemplo, los derechos de los trabajadores.

Este planteamiento de considerar los derechos sociales como derechos colectivos no tiene asidero, debido a que, en primer lugar, estos derechos no están encaminados a proteger intereses colectivos sino intereses individuales, pues los derechos sociales

... son “sociales” en el sentido que presuponen un ethos solidario-redistributivo, pero no en el sentido que satisfagan intereses o necesidades “grupales”; como señala A. E. PÉREZ LUÑO, aunque los derechos sociales sean derechos del hombre situado en el entorno colectivo, “ello no implica que estos derechos se dirijan a defender sólo intereses colectivos [...] o que sólo puedan ejercitarse por los grupos”¹⁷.

La segunda razón por la cual no es posible considerar que los derechos sociales son derechos colectivos es que el hecho de que el “legislador se ve[a] obligado a clasificar a la población en una serie de colectivos, en cada uno de los cuales se presupone la presencia de necesidades”¹⁸, es una simple técnica legislativa que dista de la idea de *colectivizar* dichos derechos.

14 CARLOS BERNAL PULIDO. *El Derecho de los derechos*, cit., p. 297.

15 *Ibíd.*, p. 297.

16 AA. VV. *Los derechos sociales como derechos fundamentales*, cit., p. 65.

17 *Ibíd.*, p. 30.

18 *Ibíd.*, p. 31.

Esta tesis resulta reforzada si examinamos el lenguaje utilizado por los tratados internacionales en materia de derechos sociales: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC– y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San Salvador –PSS–. Estos instrumentos, a la hora de especificar la titularidad de los derechos en ambos textos se sirven automáticamente de la locución *toda persona*: toda persona tiene derecho a la seguridad social (art. 9.º PSS), toda persona tiene derecho a la salud (art. 10.º PPS) entre otros.

En conclusión, la titularidad de los derechos sociales debe estar asignada a todo miembro de la especie humana, singularizado, que se encuentre en una situación en la cual no pueda satisfacer por sí mismo sus necesidades.

III. OBLIGADOS DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Ser el obligado a la satisfacción de un derecho social, significa ser la persona natural o jurídica de derecho público o de derecho privado llamada a cumplir con las obligaciones iusfundamentales emanadas de éstos.

Es el Estado¹⁹ el principal sujeto obligado a la salvaguardia de los derechos sociales, así lo ha advertido JELLINEK: “En el derecho público subjetivo es el Estado el sujeto predominante en la relación jurídica, pues es él el que otorga la tutela jurídica y el que directa o indirectamente está obligado a prestarla”²⁰. Surge así entre el Estado y las personas a él sometidas un vínculo jurídico, una relación de correspondientes derechos y deberes.

Esta afirmación se refuerza cuando se examina la Constitución Política, por ejemplo (i) el artículo 2.º establece “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución [...] Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*”; al tiempo que (ii) el artículo 49 señala: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”; y el artículo 51 indica: “Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de finan-

19 Deben ser considerados como parte integrante del Estado los particulares a los que le han sido encomendadas funciones propias del Estado y por tanto que ayudan al cumplimiento de los fines esenciales de éste.

20 Citado por ALEXEI JULIO ESTRADA en *La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 50.

ciación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”, entre otros.

No obstante, la protección de los derechos sociales fundamentales no debe reducirse a contemplar solamente las hipotéticas violaciones de éstos por parte de la acción de los poderes públicos, sino que habrán de tenerse en cuenta también las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares que, operando desde posiciones de privilegio, podrían ocasionar un abuso del poder, similar a aquel en que podría incurrir el Estado en ejercicio de sus funciones constitucionales o legales.

Esta nueva absorción de poder por parte de los particulares hace que el planteamiento de los derechos y libertades no se conciba ya solo en relación al poder del Estado, sino además ante ese conjunto de poderes privados capaces también de conculcarlos. Este sentido es el que ha acogido la jurisprudencia constitucional:

La tutela contra particulares extrae su fundamento socio-político del desvanecimiento de la distinción entre lo público y lo privado que caracteriza a la comunidad contemporánea; el fenómeno de la indefensión está encaminado a proteger a las personas de los abusos provenientes de cualquier poder: económico, social, religioso, cultural, etc. El particular es destinatario de la acción de tutela, porque al lado del poder público, se encuentran conductas desplegadas por los particulares desde una condición de superioridad frente a los demás que afectan grave y directamente sus intereses, generando la necesidad de una medida de defensa eficaz y ágil. Las situaciones que el constituyente estima como generadoras de la mencionada necesidad, son entre otras, el estado de subordinación o indefensión del solicitante frente al particular destinatario de la acción²¹.

Estos razonamientos sugieren que los sujetos obligados a la salvaguardia de los derechos sociales fundamentales son el Estado y los particulares.

IV. EL OBJETO DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

El objeto de un derecho fundamental son aquellas acciones u omisiones que emanan de las obligaciones y constituyen el contenido del derecho fundamental, cuyo cumplimiento es necesario para la realización del derecho.

Esta definición, que incluye acciones y omisiones, parecería no encajar en lo que tradicionalmente se ha considerado como los derechos sociales, puesto que la característica distintiva para identificar estos derechos es su connotación prestacional. Conforme con esta posición los derechos civiles y políticos generan obligaciones negativas o de abstención por lo cual el derecho

21 Corte Constitucional. Sentencia T-531 de 1997.

se satisfaría con un *no hacer* por parte de Estado: no detener arbitrariamente a las personas; mientras que los derechos sociales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas para cuya realización es necesario un *dar o hacer* por parte del Estado, por ejemplo, brindar educación gratuita.

Esta distinción, tal y como lo señalan ABRAMOVICH y COURTIS “está basada sobre una visión totalmente segadas y ‘naturalista’ del rol y el funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa”²² por lo que no corresponden a la verdadera dimensión de los derechos.

No obstante, esta línea de razonamiento ha sido redefinida en los siguientes términos:

En el nuevo cuadro constitucional, ya no es sostenible [...] la contradicción de los derechos sociales a los derechos de libertad basada en la objeción que solo los primeros requieren prestaciones positivas (por parte del Estado), mientras los otros comportan solamente un deber de respeto y de abstención (siempre por parte del Estado). A decir verdad, de la inexactitud de este segundo perfil de la cuestión hay ya una amplia conciencia: de ahí que se haya afirmado con razón que, incluso si: “los derechos sociales dependen, en su realidad concreta, de la organización del Estado [...] es pura ilusión pensar que lo mismo no es verdad también para los derechos de libertad.

Y, en efecto, también los clásicos de libertad [...] no habrían podido garantizarse en lo más mínimo, en sus comienzos, sin prestaciones positivas por parte del Estado y, en especial, sin una adecuada organización de los poderes estatales y la previsión de determinados deberes por parte del Estado. Y, aún, en relación con muchos derechos de libertad, la intervención positiva del Estado es necesaria para proporcionar los presupuestos de hecho para el ejercicio y el goce de los mismos derechos [...] Y tampoco se debe subvalorar la objeción según la cual no pocos derechos sociales tienen la misma estructura que los clásicos derechos de libertad y, por tanto, respecto de ellos no tenía sentido la contraposición apenas criticada²³.

Este nuevo direccionamiento establece que todos los derechos, sean civiles y políticos o sociales, requieren tanto prestaciones positivas como prestaciones negativas para su satisfacción; piénsese, por ejemplo, en el derecho a la locomoción el cual requiere para su goce efectivo de la construcción de

22 VÍCTOR ABRAMOVICH y CHRISTIAN COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 23 y ss.

23 ANTONIO BALDASARRE. *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

vías, puentes, aeropuertos, entre otros, o del derecho a la salud que proscribe los actos tendientes a empeorar la salud.

Luego de hacer precisión sobre el tipo de obligaciones que hacen parte de los derechos sociales, es necesario indagar cuáles son estas obligaciones. La determinación de éstas ha sido uno de los principales obstáculos para lograr la justiciabilidad de esta clase de derechos, puesto que la indeterminación de las normas que los consagran hace difícil saber cuáles son las prestaciones debidas: se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación en salud (art. 49 C. P.), los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social (art. 9.º PIDESC), toda persona tiene derecho a la educación (art. 13 PSS). Debido a lo anteriormente mencionado se presenta un conflicto en la aplicación judicial puesto que “la exigencia de un derecho en sede judicial supone la determinación de un incumplimiento extremo, que se torna imposible si la conducta debida no resulta inteligible”²⁴.

Esta dificultad no es propia de los derechos sociales sino de todas las normas de raigambre constitucional por el nivel de generalidad del orden jurídico constitucional y la vaguedad del lenguaje característico que se utiliza en este tipo de normas, por ejemplo, ¿qué debe entenderse por igualdad? o ¿qué es libre desarrollo de la personalidad?

A pesar de ello, tal como lo expresan ABRAMOVICH y COURTIS,

... la existencia de esta dificultad jamás ha llevado a la afirmación de que los derechos civiles no sean derechos, o no sean exigibles judicialmente sino mas bien a la tarea de especificación de su contenido y límites, a partir de distintos procedimientos de afinamiento de su significado –principalmente la reglamentación legislativa y administrativa, la jurisprudencia y la dogmática jurídica²⁵.

Para sortear este obstáculo el juez constitucional puede echar mano, utilizando el bloque de constitucionalidad, de los pronunciamientos de las organizaciones internacionales, con el fin de identificar cuáles son las obligaciones de los derechos sociales. De mucha ayuda resulta lo dicho por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales cuando señala que: “en relación con cualquier derecho humano existen tres tipos de obligaciones: ‘respetar’, ‘proteger’ y ‘cumplir’ [...] A su vez, este último deber relacionado con ‘hacer efectivo’ el derecho se subdivide en tres: facilitar proporcionar y promover”²⁶.

24 VÍCTOR ABRAMOVICH y CHRISTIAN COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 122 y ss.

25 *Ibíd.*, p. 123.

26 AA. VV. *Protección internacional de los Derechos económicos, sociales y culturales: Sistema universal y Sistema interamericano*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 130.

La obligación de *respetar* es una obligación que involucra el deber de abstenerse de interferir, obstaculizar o impedir el ejercicio de tales derechos, es decir que “no [se] adopten medidas que impidan el acceso a los derechos o menoscaben el disfrute de los mismos”²⁷. La obligación de *proteger* implica el deber de “adoptar las medidas que sean necesarias y que, de acuerdo a las circunstancias, resulten razonables para asegurar el ejercicio de esos derechos e impedir la interferencia de terceros”²⁸. La obligación de cumplir “requiere que se reconozcan los derechos en los sistemas legales y se adopten políticas y medidas, de cualquier índole, destinadas a satisfacerlos”²⁹. La obligación de facilitar “consiste en el deber de iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso al derecho o su disfrute, o ayudar a los particulares para lograr tales fines”³⁰. El deber de promover “consiste en realizar acciones tendientes a difundir, educar o capacitar a la población para el ejercicio de los mismos”³¹. Por último, surge la obligación de *proporcionar* que supone asegurar que el titular del derecho “[acceda] al bien protegido por un derecho cuando un grupo o individuo por circunstancias ajenas a su control, no pueda disfrutar el mismo”³².

Para mayor ilustración se ejemplificará este modelo obligacional con el derecho a la salud. La obligación de *respetar* implica que el Estado no debe adoptar medidas que impidan el ejercicio del derecho con requisitos desproporcionados como exigir un periodo de carencia³³ para poder acceder al tratamiento de las enfermedades ruinosas o de alto costo. La obligación de *proteger* encierra el deber de prohibir o regular de manera muy estricta la explotación de actividades comerciales riesgosas para la salud de los habitantes del territorio colombiano como el uso de energía atómica. La obligación de *cumplir* en su dimensión de *facilitar* incluye el compromiso por parte del Estado de fortalecer la cobertura de personal de la salud; en su dimensión de *promover* se encuentra el deber de las entidades del sistema de seguridad social en salud, en el caso de tratamientos psiquiátricos, de informar, orientar, apoyar y acompañar al paciente con miras a que pueda lograr su recuperación; y por último en su dimensión de *proporcionar* contiene la garantía de suministrar dispositivos auditivos para asegurar una calidad de

27 Ibid.

28 HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 77.

29 AAVV. *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema universal y Sistema interamericano*, cit., p. 131.

30 Ídem.

31 Ídem.

32 Ídem.

33 Los periodos de carencia son lapsos de tiempo en los que el usuario no tiene derecho a que la Entidad Prestadora de Salud a la cual está afiliado le otorgue ciertas atenciones definidas en la ley como el tratamiento de enfermedades catastróficas o ruinosas por ser de alto costo.

vida digna que permita mantener la integración social y el desarrollo normal de la actividad cotidiana de los adultos mayores.

CONCLUSIONES

El reconocimiento iusfundamental que hace la Corte Constitucional de los derechos sociales transforma la concepción de éstos, pues pasan de ser derechos por conexidad, a ser disposiciones fundamentales que merecen protección reforzada autónoma por mandato expreso de la Constitución.

De estos derechos, tal y como quedó demostrado, se pueden predicar todos los elementos que comporta un derecho subjetivo: un titular determinado, es decir todo miembro de la especie humana que se encuentre en una situación en la cual no pueda satisfacer por sí mismo sus necesidades. Un sujeto obligado, que son el Estado y los particulares y un objeto identificable: obligaciones de proteger, respetar y cumplir.

Por ello, merecen ser derechos susceptibles de protección por medio de la acción de tutela, pues no existe ningún argumento que justifique la no exigibilidad judicial de los derechos sociales.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.
- AA. VV. *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- AA. VV. *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema universal y Sistema interamericano*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.
- AA. VV. *Teoría constitucional y políticas públicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- ABRAMOVICH, V. y V. COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004.
- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2.^a ed., CARLOS BERNAL PULIDO (trad.), Madrid, 2007.
- ARANGO, R. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- BALDASARRE, A. *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- BERNAL PULIDO, C. *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- CONTRERAS, F. *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994.

COURTIS, C. (comp.). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

CRUZ PARCERO, J. *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, 2007.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos humanos, 2004.

FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4.^a ed., PERFECTO ANDRÉS IBAÑES y ANDREA GREPPI (trads.), Madrid, Trotta, 2004.

HOHFELD, W. *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Distribuciones Fontamara, 2004.

JULIO ESTRADA, A. *La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

JULIO ESTRADA, A. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

OSUNA, N. *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

PARRA, O. *El derecho a la salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2003.

PECES-BARBA, G. *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

PECES-BARBA, G. *La Constitución y los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

TUGENTHAT, E. *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. Sentencia T-585 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia T-580 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia T-1041 de 2006.

Corte Constitucional. Sentencia T-531 de 1997.

Corte Constitucional. Sentencia T-571 de 1992.

