



Título: Rastros de restos serie 7

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

IDEAS BÁSICAS DEL CONCEPTO: DERECHOS SUBJETIVOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS SOCIALES, EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO*

* Este artículo es un resultado de la investigación *Estudio de la fundamentalización del acceso al agua potable en Colombia, a partir los criterios de la teoría de los derechos subjetivos, fundamentales y sociales*. Inscrita en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Avalada por el semillero Procesos Investigativos dirigido por la profesora Olga Lucía Lopera Quiroz de la Línea Investigación y Derecho del Grupo Derecho y Sociedad. Financiada por la misma facultad. Realizada por: David Sierra Sorockinas (Investigador principal) y María Claudia Gómez Cabana (Coinvestigadora)

Fecha de recepción: septiembre 22 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 9 de 2011

IDEAS BÁSICAS DEL CONCEPTO: DERECHOS SUBJETIVOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS SOCIALES, EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

*David Sierra Sorockinas***

*María Claudia Gómez Cabana****

RESUMEN

Cada modelo de Estado surgió como respuesta a una lucha en pro de la defensa de derechos y garantías de los individuos, que se hacían imperantes en el momento histórico en el cual surgieron, es así que el modelo de Estado fue ganando legitimación frente a los individuos que reclamaban el respeto de libertades mínimas, que, con la evolución del Estado, se transformaron no solo en la defensa de la autonomía del individuo, si no que se avaló la intervención estatal en aras de lograr una igualdad material, dando como resultado la conformación del modelo de Estado Social de Derecho, amplió las tipologías de derechos, estableciendo la creación de los llamados derechos sociales. Este artículo estudiará, desde la doctrina constitucional, el concepto de los derechos subjetivos, fundamentales y sociales, con la finalidad de mostrar al lector el contexto histórico en el cual surgieron, para luego determinar con certeza, las características de cada uno de estos derechos, permitiéndole establecer las implicaciones de enmarcar un determinado derecho en una o varias de estas tipologías.

Palabras clave: Estado Social de Derecho, derechos subjetivos, derechos fundamentales, derechos sociales, Corte Constitucional.

BASIC IDEAS OF CONCEPT: SUBJECTIVES RIGHTS, FUNDAMENTAL RIGHTS, SOCIAL RIGHTS IN COLOMBIAN CONSTITUTIONALISM.

ABSTRACT

Each State model emerged how a answer of a struggle for the defense of people`s rights and guarantees, which were very important to the historic moment, in that sense the State model won legitimatation with the people that claimed for the basic freedoms, that, with the evolution of the State, were converted in the defense of the individual autonomy and were the base to State intervention with the objective to obtain a material equality, and then, was conformed the Social State of Law model. This article is going to study, since constitutional doctrine, the concept of subjectives, fundamentals and socials rights, with the finality to show to the reader the historic context of how those rights emerged, and later, we are going to establish the features of each right.

Keywords: Social State of Law, subjectives rights, fundamentals rights, social rights, Constitutional Court.

** Estudiante de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. E-mail: sierradavid@gmail.com Integrante del semillero Procesos Investigativos dirigido por la profesora Olga Lucía Lopera Quiroz de la Línea Investigación y Derecho del Grupo Derecho y Sociedad y también del Grupo de Estudio de Derecho Público de Medellín, dirigido por el profesor Fabián G. Marín Cortés.

*** Estudiante de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. E-mail: mayigomez02@gmail.com Integrante del semillero Procesos Investigativos dirigido por la profesora Olga Lucía Lopera Quiroz de la Línea Investigación y Derecho del Grupo Derecho y Sociedad.

IDEAS BÁSICAS DEL CONCEPTO: DERECHOS SUBJETIVOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS SOCIALES, EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

Introducción

En el sistema jurídico colombiano el concepto de los derechos fundamentales es dinámico, ya que no sólo se parte de los derechos fundamentales, en estricto sentido, los del Título II Capítulo 1 de la Constitución Nacional -Teoría Restrictiva-, sino que se da una redefinición del concepto como derecho constitucional dirigido a lograr la dignidad humana y que se puede materializar en un derecho subjetivo, llegándose a hablar, incluso, de Derechos Sociales Fundamentales (Arango, 2005) como una nueva forma de precisar el concepto¹.

La evolución de los derechos fundamentales se ha dado en forma paralela a la del Estado Social de Derecho; por ello, como una introducción, y una forma de aclarar algunos fundamentos dentro de la propia teoría de los derechos subjetivos, fundamentales y sociales, se hace una breve referencia a la evolución del Estado moderno, y en la medida de lo posible, se intenta mostrar su relación con ese tipo de derechos, en especial con los fundamentales y los sociales.

El antecedente más cercano de la protección de los derechos se da en el Estado Liberal Clásico², dentro del cual existieron dos principios: el individualismo y la limitación del poder, de los cuales se desprende la primera concepción sobre los derechos fundamentales, ya que se los concibe propios e inviolables del ser humano, lo que muestra el individualismo, pues son derechos del hombre individualmente

1 Al respecto señala Tulio Elí Chinchilla: “Ya se ha dicho bastante que la nueva dogmática colombiana sobre los derechos fundamentales recibió la influencia del constitucionalismo alemán y del español (de aquel a través de éste). Pero, como no puede ser de otra manera, de ellos tomó conceptos técnicos de factura muy europea y los adoptó, con no poca reelaboración, a nuestro contexto tercermundista. Resolvió problemas insolubles (sic) – como los de contenido esencial de derechos que por su naturaleza no pueden tenerlo (los derechos sociales de prestación) – y ensayó otras audacias tal vez poco rigurosas, pero que le han granjeado a la Corte Constitucional un alto grado de legitimación.” (2009, p. 194).

2 Partiendo de la dificultad conceptual que se tiene al momento de analizar, o realizar un recuento acerca de la evolución del Estado, se tendrán como sinónimos Estado Liberal Clásico y Estado de Derecho; y Estado de Bienestar y Estado Social de Derecho. No sin antes advertir, que dependiendo del área del derecho o de la ciencia con que se estudie al Estado, los conceptos anteriormente citados, pueden tener una diferenciación y explicar conceptos distintos.

concebido, y de la limitación del poder, porque el Estado no puede limitarlos, y mucho menos, transgredirlos.

Sin embargo, esta tipología estatal entró en una crisis que tuvo dos salidas, el Estado Social de Derecho y el Estado Totalitario; sobre el último, sólo basta afirmar que fue la idea radical de combatir los males del liberalismo y trajo consigo la vulneración de las garantías individuales (Vallejo Mejía, 1998, pp. 40-42). Por esta razón el Estado Social de Derecho no sólo surgió como medida para corregir los males del Estado de Derecho, sino para evitar y erradicar las perversiones del totalitarismo, la razón está en la reacción directa al “Positivismo extremo, al Fascismo y al Colectivismo que se generaba en Europa en los años veinte” (Londoño & González, 2001, p. 74).

Ahora bien, el discurso de los derechos, en general, en el nuevo Estado se basaba en una serie de argumentos morales que propendían por un avance, pero sin modificar lo conseguido, en otras palabras, no se podían olvidar los triunfos en las garantías de los derechos en el Estado Liberal Clásico, sin avanzar a las necesidades sociales de los individuos en el Estado Social de Derecho³.

No obstante, se puede afirmar que la aparición de los derechos sociales no fue gratuita, de allí que cuando se analice este tipo de derechos, se hará énfasis en la estructura del Estado y la necesidad de un *hacer* para garantizar el bienestar de los individuos, que en últimas se vislumbra como el de la sociedad en conjunto, entendiendo que el lleno de las garantías constitucionales no sólo se logra a través de las llamadas libertades negativas, sino que es imprescindible que el aparato estatal desencadene una serie de actuaciones positivas para alcanzar el goce efectivo de los derechos⁴.

Lo anterior muestra, y refuerza, la necesidad de conocer el Estado en el cual se pretende implementar la teoría de los derechos fundamentales y sociales, para lograr una

3 La importancia del proceso de intervención social del Estado en materia de derechos es que: “Todas las propuestas institucionales de reforma del Estado liberal o burgués coinciden en la necesidad de reconocer además de los derechos fundamentales de libertad, los derechos de prestación o derechos sociales, todo ello vinculado al reconocimiento de la Constitución como norma suprema” (Gómez Isaza, p. 91).

4 Luigi Ferrajoli hace énfasis en la importancia de los derechos, en especial de los fundamentales, dentro de la evolución del Estado como una forma de protección de los más débiles frente a las fuerzas del mercado capitalista: “(...) los derechos fundamentales, tal como han sido consagrados por la experiencia histórica del constitucionalismo, se configuran todos ellos –desde el derecho a la vida hasta los derechos de libertad, desde los derechos civiles y políticos hasta los derechos sociales- como *leyes del más débil* en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: de quien es más fuerte físicamente, como sucede en el estado de naturaleza hobbesiano; de quien es más fuerte económicamente, como sucede en el mercado capitalista; de quien es más fuerte militarmente, como sucede en la comunidad internacional” (2008, p. 6).

correcta defensa de los mismos, y mucho más, si se acepta la posibilidad de incluir categorías de derechos prestacionales como una forma de derechos fundamentales.

Por lo cual, el lenguaje de las tipologías de derechos objeto de estudio, se debe analizar a luz del Estado Social de Derecho, que es el modelo de Estado que impera y emana de nuestra Carta Política, pues sin ello no se puede defender de manera contundente la protección de los derechos, aún por encima de las realidades económicas⁵.

En este sentido, se pretende mostrar un concepto acorde a la doctrina especializada y la jurisprudencia colombiana, en torno a los derechos subjetivos, fundamentales y sociales. Es por eso, que la Corte Constitucional se convierte en el eje central, pues es ella la que ha desarrollado las ideas básicas sobre el concepto de las tres categorías de derechos utilizadas en el artículo, en especial, el concepto de derechos fundamentales.

Así mismo, aunado al análisis jurisprudencial, se desarrollarán los aportes de la doctrina más especializada sobre el tema, con el fin de complementar la jurisprudencia constitucional, que despliega el tópico que nos atañe; aclarando que no se pretende hacer un análisis etimológico de la cuestión, solamente se tratarán cuestiones de derecho constitucional, que le permitan al lector identificar con claridad las tipologías de derechos que se enmarcan dentro del constitucionalismo colombiano, con el fin de comprender las implicaciones de concebir un determinado derecho en una o varias de estas categorías, que en últimas determinará las garantías constitucionales que se tienen para el goce efectivo del mismo⁶.

1. Justificación de la clasificación

En la historia del derecho ha habido una constante afirmación de que existe un dualismo sistémico que se hace patente en distinciones como aquella sobre el derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre el concepto de Estado como representación de poder, y el derecho mismo, como límite. Este dualismo no

5 No obstante, según la teoría económica, también hay una preocupación por los derechos, en la nueva teoría de bienestar fundamentada en los trabajos de Amartya Sen “muestra cómo el bienestar no se deriva de la opulencia ni de la declaración formal de libertades y derechos, sino de los funcionamientos, los cuales constituyen el principal logro de bienestar” (Casas, Cortés & Gamboa, 2003, pp. 158 y 159).

6 Un análisis sobre el por qué de los conceptos o categorías que los juristas utilizan en aras de identificar o comunicar algo, se puede ver el ensayo de Alf Ross “tû-tû”, donde se explica que el concepto (en el caso derecho subjetivo) “es un instrumento para la técnica de presentación que sirve exclusivamente fines sistémicos, y que en sí no significa ni más ni menos que ‘tû-tû’” (1973, p. 42).

sólo tiene utilidad para entender el derecho, sino que permite fijar límites conceptuales, que se traducen en límites prácticos al momento de ser aplicados.

De ello la necesidad lógica de realizar clasificaciones y tipologías que en últimas ayudan a entender, o a enredar, los asuntos, según sea la óptica con que se mire. En este tipo de trabajos y con el ánimo de simplificar todas las clasificaciones posibles que se tienen, se ha resuelto tener sólo tres categorías básicas sobre los derechos, que son: subjetivos, fundamentales y sociales⁷.

La razón, aparte de la simplicidad para el entendimiento, es que dentro de la jurisprudencia constitucional colombiana estos términos son los que se han desarrollado con mayor énfasis; claro está, que no son los únicos conceptos jurídicos que se precisarán, pero sí lo serán, cuando se hable de la clasificación de los derechos. Dicho lo anterior, el texto maneja un lenguaje que se enmarca en el derecho constitucional colombiano, lo anterior no es óbice para que en ciertos apartes se haga uso de materias ajenas a esta área del derecho, con el fin de aclarar conceptos.

2. Acercamiento al concepto de los derechos subjetivos

El concepto de derecho subjetivo, propiamente dicho, no sólo cuenta con un trasegar histórico dentro del derecho, sino que aún mantiene vigencia y total relevancia en aspectos fundantes del mismo. Basta con mencionar el caso del concepto de derechos fundamentales, los cuales se encuentran actualmente en una relación de necesidad con el concepto de derecho subjetivo, ya que para la Corte Constitucional colombiana todo derecho fundamental para ser exigible debe estar contenido o ser convertible en un derecho subjetivo⁸ (Chinchilla, 2009. p. 48, 168).

Ahora bien, con el propósito de entender el recorrido conceptual e histórico del derecho subjetivo, deben revisarse las diferentes perspectivas desde las que se ha tratado el mismo. Ramiro J. Prieto Molinero señala que el concepto moderno de derecho subjetivo recién aparece a mediados del siglo XIX de la mano de autores como Savigny, Windscheid y Ihering; a los dos primeros se les debe la formulación

7 Aclarando que dentro del artículo algunas categorías son una mixtura de las dos o tres, el caso más emblemático es el de los derechos sociales fundamentales, los cuales se explicarán más adelante.

8 En la misma vía manifiesta Luigi Ferrajoli, sobre los mismos, que “Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” [subrayas fuera del texto] (2005, p. 19), coincidiendo con la posición de la Corte Constitucional, y permitiendo observar la preeminencia del concepto de derecho subjetivo.

del derecho subjetivo como poder de la voluntad, y al último de ellos se le debe que hablara de un interés jurídicamente protegido (2010, pp. 26 y 27).

Kelsen menciona que la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo (2009, pp. 145 - 146). De allí que, para Kelsen entender el derecho en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, es manifestar abiertamente una contradicción y un absurdo lógico, toda vez que el derecho objetivo bajo esa perspectiva, es entendido con un carácter netamente normativo (conjunto de normas), en tanto el derecho subjetivo tendría un contenido de interés o voluntad, siendo de esta manera el derecho subjetivo un interés protegido por el derecho objetivo, una voluntad que se encuentra reconocida y garantizada por el derecho objetivo⁹ (p. 146).

Dicha posición ha sido llamada negativa del derecho subjetivo, en tanto discute la existencia de un derecho subjetivo autónomo, ya que siempre pretenderá enmarcarse en un sistema jurídico determinado, en otras palabras, es la negación del *ius naturalismo*, en contraposición con el positivismo que procesa el jurista Hans Kelsen, ya que no afirma la existencia de derechos pre jurídicos, sino unos derechos que han sido otorgados por el ordenamiento jurídico al individuo, por lo que el concepto del derecho subjetivo está ligado, necesariamente, a la obligación (Dalbin, 2006, pp. 23 y ss.).

Contrario a lo expresado por Kelsen, algunos autores han resaltado la importancia de los derechos subjetivos, uno de ellos, Jean Dalbin señala que el derecho subjetivo “es esencialmente una *pertenencia-domino*, en la que la pertenencia es causa y determina el dominio” (2006, p. 95) por pertenencia entiende el autor como un bien o valor ligado a un sujeto por un lazo de pertenencia consagrado en el derecho objetivo (pp. 95 – 102), y por dominio (*dominium*) entiende es el poder que le entrega el ordenamiento a una persona (pp. 102 – 109). Finalmente, concluye el precitado autor:

(...) el derecho subjetivo es la prerrogativa, concedida a una persona por el derecho objetivo y garantizada con vías de derecho, de disponer como dueño de un bien que se reconoce que le pertenece, bien como suyo, bien como debido. Naturalmente, esta pertenencia y ese dominio sólo existen en los límites (sic) más o menos estrechos, de extensión o incluso de finalidad,

9 Entender el derecho subjetivo como la imposición de la voluntad de un sujeto sobre los demás, pasa por alto que ninguna persona puede imputarse derechos, siendo que un derecho supone la obligación de otro sujeto, dicha relación no puede nacer por la mera imposición (Kelsen, pp. 140 y 141), para aceptar la existencia de un derecho subjetivo se hace totalmente necesario de la atribución de ese derecho por parte del derecho objetivo, y su ineludible preexistencia, pues sin esta no es dable hablar de la existencia misma de un derecho subjetivo.

que les asigna el derecho objetivo. Pero dentro de estos límites el titular del derecho, (sic) subjetivo tiene el pleno dominio de su bien (p. 121).

Ahora bien, otros autores han teorizado igualmente sobre este concepto reflejando aspectos y características similares, o puntos en común en los que convergen las diversas estructuraciones conceptuales; al respecto Luigi Ferrajoli manifiesta que entiende por “derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas” (2005, p. 19).

En el caso de Robert Alexy, el concepto de derecho subjetivo no es una prioridad, mas sí el problema o la pregunta que se busca responder con él (2003, p. 151), así que para él la importancia radica es en torno a los conceptos de norma y posición, dado que la norma expresa enunciados normativos, algunas de ellas confiriendo derechos frente a algo, y si esa norma permite a un individuo tomar una posición dentro de ella, o ubicarse figurativamente en el enunciado de la norma, entonces puede predicarse que ese individuo tiene una posición jurídica determinada, lo que a final de cuentas le permite exigir, de ese alguien, aquel derecho de que trata el enunciado (la norma) (p. 153).

Concluyendo al fin que para este autor el derecho subjetivo se resume en posiciones y relaciones jurídicas (p. 166), tomando como base para su posición, la aclaración que trae de Von Ihering quien sostiene que “[d]os son los elementos que constituyen el concepto del derecho, uno sustancial, en el que reside el fin práctico del mismo, es decir, la utilidad, ventaja, ganancia, que ha de ser conferida por el derecho, y uno formal que se comporta sólo como un medio para aquel fin, este medio es la protección del derecho, la demanda” (Alexy, p. 157). Traduciendo esta idea de demanda, en exigibilidad.

Hasta este punto no existe dificultad en afirmar que el concepto de derecho subjetivo es, y sigue siendo, central dentro de la teoría jurídica, pues este concepto se refiere a situaciones “provechosas amparables en la norma” (Chinchilla. p. 48).

Precisamente los derechos subjetivos, como se mencionó atrás, comportan dentro de su estructura la potestad para exigir a otro el cumplimiento de un deber que deviene de una norma jurídica, a través del ejercicio de acción judicial.

Según lo dicho por Rodolfo Arango frente al concepto del derecho subjetivo, se establece un concepto en sentido estrecho, el cual está conformado por: una norma jurídica (M1), una obligación jurídica (M2) y una posición jurídica (M3). Y señala el autor que todo lo que contenga estos tres requisitos es un derecho subjetivo (2005, p. 9).

Así mismo el profesor Chinchilla, sobre el concepto de derecho subjetivo manifiesta que “tener un derecho subjetivo significa que para alguien existe una facultad, derivada de una norma jurídica, para exigir a otra persona o institución el cumplimiento de un deber específico impuesto por el derecho positivo, aún mediante el ejercicio de una acción judicial (garantía judicial de la acción)” (2009, p.16).

Para indicar la estructura de algo se debe partir de su concepción, así que se hace necesario intentar una aproximación conceptual a los derechos subjetivos, la cual parte de las posiciones argumentativas de los anteriores autores. Entonces, se entienden los derechos subjetivos como una potestad que se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico y que coloca al individuo en una posición jurídica para exigirlo.

3. El Concepto de los derechos fundamentales

Como se ha aclarado al principio de este texto, la Corte Constitucional colombiana es prolija en la producción jurisprudencial acerca de los derechos fundamentales, no sólo sentando precedentes que permiten a los operadores jurídicos acercarse al tema y saber aplicar las normas jurídicas pertinentes, sino que ha hecho doctrina constitucional¹⁰, creando y moldeando conceptos que se adapten a la estructura del sistema jurídico colombiano. En este sentido, la doctrina en estricto sentido¹¹, es corta y no alcanza a explicar todas las dimensiones del concepto de derechos fundamentales en Colombia.

Ahora bien, estas razones no son óbice para que se consulten los autores más representativos del tema, más que todo, para explicar conceptos jurídicos que apoyan la teoría de los derechos fundamentales creada por la Corte. En este sentido, los comentarios a la línea, ya muy delimitada por la propia Corte, y por autores como el profesor Chinchilla (2009), permiten entender al lector, cuál es el concepto actual de los derechos fundamentales en Colombia.

10 En sentencia C-252 de 2001 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, la Corte señaló: “la doctrina constitucional es la Constitución misma que, dada su generalidad, tiene que ser aplicada a través de los usos concretos de la misma, hechos por su intérprete natural.” En la misma sentencia se refiere a la sentencia hito en esta materia a la sentencia C-083 de 1995 del mismo Magistrado Ponente.

11 Según Miguel S. Marienhoff: “Por ‘doctrina’, o ‘derecho científico’, ha de entenderse la opinión de los estudiosos del derecho acerca de cuestiones jurídicas, como así las soluciones que proponen al respecto. Dichas cuestiones, por lo general, no se hayan reguladas legalmente, pero nada obsta a que la opinión de los autores se refiera a la interpretación de normas positivas.” (2003, p. 308)

La línea jurisprudencial en esta materia ha tenido varios cambios significativos, sin embargo como ya lo señaló el profesor Tulio Elí Chinchilla (2009), la sentencia hito sobre el tema que reordena la línea, es la Sentencia T-227 de 2003 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett, es en dicho fallo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional adopta un carácter de permanencia y los fallos posteriores son confirmadores de línea¹².

Primera postura:

Los derechos fundamentales como esenciales para los seres humanos

Las primeras sentencias de la Corte Constitucional vinculan los derechos fundamentales con el concepto de esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona (Sentencias T-001 de 1992¹³ y T-462 de 1992) o con el criterio de aplicación directa, es decir que no tuvieran necesidad de una norma legal para hacerlo efectivo de manera inmediata y que gozan de un contenido básico que no puede ser discutido por las mayoría políticas, en un claro enfoque *iusnaturalista*¹⁴ del derecho (Sentencia T-406 de 1992).

En este sentido vale la pena referirse a varios pronunciamientos hechos por la Corte en este periodo de tiempo. La sentencia T-418 de 1992 señaló que

Los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional (sic) como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible.

Hay que advertir que como son los primeros pronunciamientos del máximo tribunal de lo constitucional, es claro que quería superarse la tesis restrictiva de los derechos fundamentales, que avocaban una protección enfocada únicamente a los derechos

-
- 12 Aunque no se utilizará rigurosamente el método propuesto por Diego Eduardo López Medina, sí se tomarán las bases. Sobre el estudio de la línea jurisprudencial puede consultar el Capítulo 5 de la obra de Diego Eduardo López Medina *El Derecho de los jueces* (2006, pp. 139-192)
- 13 En Sentencia T-1306 del 2000, la Corte reitera el concepto que se marcó con la primera jurisprudencia en dicha materia, lo que confirmaría la línea jurisprudencial, en la sentencia referenciada se negó la tutela del servicio público de telefonía por no ser esencial al ser humano.
- 14 Según la Sentencia T-406 de 1992: “El concepto de ‘contenido esencial es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan.”

consagrados en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución Política, pues en el sentir de la Corte, muchos de los derechos que tienen el carácter de fundamentales no están en la lista, amplia o restringida, según se vea, de los derechos fundamentales expresamente consagrados en la Constitución.

Es por tanto, el primer criterio creado por la Corte, el cual permite la ampliación de los derechos fundamentales, sea por fuerza del reconocimiento de los derechos supremos de los seres humanos, concepción iusnaturalista de los mismos, o por una concepción pragmatista de los mismos, que dependerá de los desarrollos de la sociedad para considerar fundamentales o no, en línea de lo expuesto por Rodolfo Arango (2008).

Segunda postura:

Los derechos fundamentales como derechos subjetivos

La otra tendencia de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales, fue la acogida como derechos que se transmutan en derechos subjetivos (Sentencias SU-225 de 1998 y SU-819 de 1999). Claramente la Corte acoge un criterio que muestra que los derechos fundamentales se deben ver plasmados en un derecho subjetivo, que como señalamos anteriormente, cumple con una serie de características.

En la misma línea de la Corte Constitucional, Rodolfo Arango se refiere a los derechos fundamentales considerando que son derechos subjetivos con un alto grado de importancia¹⁵, apoyándose en John Rawls lo denomina como un concepto “bien desarrollado” (2005, p. 268 y 2008, p. 36).

Nótese que el criterio principal es la existencia de un derecho subjetivo para la concreción de las garantías propias de los derechos fundamentales, lo que implica que los derechos deben ser unas garantías que tienen los sujetos frente a otros, por el otorgamiento del derecho objetivo, que se plasma en la disposición de un bien.

Confirmatoria de esta línea, es la sentencia SU-819 de 1999 en la cual se trata el tema de la trasmutabilidad de los derechos sociales en derechos subjetivos¹⁶, y su

15 Una explicación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos con alto grado de importancia, es: “compatible con el enfoque pragmatista: presenta una estructura dialógica, discursiva, e implica un juicio valorativo de fundamentalidad que puede justificarse racionalmente bien sea acudiendo a la solidaridad o bien a valores epistémicos compartidos por los operadores del derecho e identificables con aceptabilidad garantizada bajo condiciones ideales.” (Arango, 2008, pp. 37)

16 En este sentido expresa la Corte: “Según lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, estos derechos son prestacionales propiamente dichos, para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus

afectación puede acarrear la violación de los derechos fundamentales como lo son la vida o mínimo vital¹⁷.

Tercera postura (actual):

Los derechos fundamentales como derechos subjetivos, que garanticen la dignidad humana

La línea jurisprudencial manejada por la Corte Constitucional no había sido muy clara, lo que generó una coalición de posiciones muy diferentes, hasta 2003, año en el que se falla la sentencia T-227, con la cual, se da un cambio radical sobre el concepto de derecho fundamental. Este nuevo concepto se desarrolla en la sentencia T- 227 de 2003, en la cual se expresó:

(...) será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica).

Esta definición “apareció como un *obiter dictum* de la misma [sentencia], y luego fue adquiriendo carácter de definición oficial de nuestra jurisprudencia al ser invocada reiteradamente como premisa conceptual recurrente de innumerables sentencias de la Corte Constitucional. Por el alto grado de reiteración de esta tesis en diferentes salas de tutela, podemos decir que se trata de una nueva línea de la jurisprudencia” (Chinchilla, 2009, p.167).

De acuerdo con lo esbozado por el profesor Chinchilla, la Corte marca una nueva línea jurisprudencial, o recoge una postura, en cuanto a la reiteración de la tesis

beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva” (Sentencia SU-819 de 1999. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis)

17 Señala la Corte: “Los derechos económicos, sociales o culturales se tornan en fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera la violación de éstos, conformándose una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección. A toda persona le asiste el derecho a la protección de un mínimo vital ‘por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal’ y en la medida en que la vida abarca las condiciones que la hacen digna, ‘ya no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder sino también como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado’” (Sentencia SU-819 de 1999).

sobre los derechos fundamentales. No obstante esta tesis abarca las dos anteriores, en tanto toma elementos de las mismas en una mezcla, resultante del nuevo concepto de los derechos fundamentales.

Continuando con lo expuesto por Chinchilla, de la definición propuesta en la Sentencia T-227 de 2003, se puede afirmar que los derechos fundamentales deben reunir una serie de requisitos para entenderse como tal: “a) ser un derecho de fuente o rango constitucional; b) ser un derecho que sirve como instrumento para (cumple función de) acercarnos al ideal ético de la dignidad humana o ayudar a realizarlo en la práctica, y c) ser un derecho que admite ser convertido o concretado (traducido) en un derecho subjetivo” (p.167).

Como se observa de los requisitos, se recogen los fallos anteriores de la Corte y se reúnen para la nueva definición, pues: i) El criterio de que sean esenciales para el ser humano se mantiene, al mantener y reforzar el criterio de la dignidad humana (*Primera postura*), ii) Los derechos fundamentales deben transmutarse en un derecho subjetivo (*Segunda Postura*), iii) Mantiene el reconocimiento del rango de los derechos fundamentales, anclándoles a la Constitución o al Bloque de Constitucionalidad.

Sin embargo la propia Corte y el mismo Magistrado Ponente, tratan de mitigar los efectos y de devolverlos a la primera postura, en la sentencia T-423 del 2003, se expone:

En este sentido serán derechos fundamentales sólo aquellos que puedan ser catalogados como universales “en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares”¹⁸, que son indisponibles e inenajenables por su propio titular y por el Estado (contramayoritarios), que tienen su título *ex lege* o *ex constitutionem*, que establecen relaciones verticales (relaciones de poder, jerarquía o subordinación), y que cuentan con una protección judicial reforzada (acciones ordinarias y acciones especiales como la de tutela).

Ahora bien, la definición novedosa y muy garantista de los propios derechos constitucionales fundamentales, resulta problemática en el sentido de que hay que precisar los conceptos tan complejos que se manejan en la definición, es así que el concepto de dignidad debe ser precisado, al igual que el ya trabajado, el de los derechos subjetivos. Sobre lo mismo, Chinchilla afirma:

No obstante su contextura abstracta y difusa, a estos tres derechos [Dignidad Humana, Mínimo Vital y Vida Digna] se les ha atribuido aplicabilidad directa e incluso núcleo esencial. ¿Cómo podría ser la dignidad humana - valor supremo

18 Cita la Corte: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Luigi Ferrajoli. Trotta; Madrid, 2001.

en varias escuelas de filosofía ética- un derecho de aplicación directa? ello solo es admisible si tan polivalente y difuso postulado se concreta en derechos subjetivos que el operador jurídico pueda reclamar y el juez pueda amparar mediante órdenes específicas de dar, hacer o no hacer cuyos destinatarios sean sujetos jurídicos. (institucionales o particulares) identificados. (p.170).

No obstante la propia Corte Constitucional ha precisado el concepto de los derechos fundamentales, en tanto, es ella como operadora jurídica y más que ello, como la idónea para hacerlo, la encargada de definir los requisitos particulares de cada derecho, en el entendido de derechos fundamentales (T-859 de 2003 Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett¹⁹).

Concepto de la dignidad

En sentencia T-881 de 2002, la Corte analizó *in extenso* la jurisprudencia propia sobre el concepto de dignidad humana. Se enfatiza que la Corte concluyó en su síntesis que la comprensión de la dignidad humana ha partido de tesis naturalistas o esencialistas y se ha movido hacia posturas normativas y funcionales. En este sentido, se expresó en la sentencia:

Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

En el mismo pronunciamiento, y como forma de puntualizar el concepto de la dignidad humana, en cuanto se trata de protección, la Corte ha señalado:

19 En la sentencia se definen los elementos que debe tener el derecho a la salud para que se considere como un derecho fundamental autónomo, sin necesidad de vincularlo con la vida u otro derecho fundamental. Señala la Corte: así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos” (Sentencia T-859 de 2003)

De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

Ahora bien, la definición de cada uno de los conceptos por la Corte es importante hacerlo por separado. En este sentido, el primer lineamiento la dignidad humana como valor: Señala la Alta Corte de lo Constitucional que como valor fundante del Estado Social de Derecho pasa del ámbito axiológico hacia el jurídico, en tanto marca una estrecha relación entre la democracia constitucional y la concepción del Estado Social de Derecho. Se enmarca en el fundamento del ordenamiento jurídico y la base axiológica de la Constitución (Sentencias T-401 de 1992, T-499 de 1992 y T-011 de 1993)

De igual forma, se aclara que esta postura solamente clarifica el concepto, mas no tiene otra aplicación práctica dentro del ordenamiento jurídico, en otras palabras, esta postura asumida por la Corte en la línea atrás reseñada, tiene un valor muy pobre en la clarificación acerca de la dignidad humana como característica propia de todo derecho fundamental.

El segundo y el tercer lineamiento de la dignidad humana usado por la Corte Constitucional: a) como principio constitucional y b) como derecho fundamental autónomo, hacen parte de lo que entiende la propia Corporación de lo Constitucional como los enunciados normativos, ya que están en la Constitución como un mandato, no obstante las diferencias en las consecuencias de considerar la dignidad humana como un derecho.

Como principio constitucional la Corte remarcó:

El principio de dignidad humana, se constituye como un mandato constitucional, un deber positivo, o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado sin excepción, deben, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones, para el desarrollo efectivo de los ámbitos de protección de la dignidad humana identificados por la Sala: autonomía individual, condiciones materiales de existencia, e integridad física y moral. (Sentencia T-881 de 2002)

Constituye la dignidad humana un principio de carácter negativo (no hacer del Estado y las autoridades²⁰) y uno positivo (hacer del Estado y las autoridades) que

20 En tanto varias de las sentencias que utiliza la Corte Constitucional para delimitar el concepto, señalan que no sólo es la actividad del Estado y sus organismos la que debe respetar la dignidad humana, sino los particulares que sean investidos de la calidad de autoridad pública. En palabras textuales de la Corporación: “Los derechos

es de obligatorio cumplimiento y que busca el desarrollo de los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

Finalmente el tercer lineamiento de la dignidad humana, como derecho fundamental autónomo es un poco más complejo que los dos anteriores, en tanto, marca una postura que puede ser contraria con la argumentación lógica, pues señala que el fundamento de la dignidad humana es la propia dignidad humana, en otras palabras un contrasentido.

Esta última idea tiene que ser explicada con detenimiento. En primer término, hay que considerar que el derecho a la dignidad humana debe ser un derecho subjetivo. La Corte Constitucional afirmó al respecto: “El derecho a la dignidad humana, se constituye como un derecho fundamental autónomo, y cuenta con los elementos de todo derecho: un titular claramente identificado (las personas naturales), un objeto de protección más o menos delimitado (autonomía, condiciones de vida, integridad física y moral) y un mecanismo judicial para su protección (acción de tutela). Se consolida entonces como verdadero derecho subjetivo.” (Sentencia T-881 de 2002).

Conforme al fallo de la Corte Constitucional, no hay duda de que el derecho a la dignidad humana es un derecho subjetivo. Pasando a la cuestión del fundamento que debe tener todo derecho fundamental el cual es la dignidad humana, es donde está el contrasentido. En este sentido, la Corte ha fallado varios casos en los cuales se protege el derecho a la dignidad humana como derecho fundamental autónomo, sin desconocer su función como fuente de los demás derechos. En la Sentencia T-477 de 1995, afirmó la Corte:

El derecho a la identidad, y más específicamente a la identidad sexual, presupone la existencia de un derecho constitucional a la Dignidad. Este derecho ‘Opera aún cuando caduquen los demás derechos personales emergentes de la Constitución’. El derecho a la dignidad, se constituye a su vez en fuente de otros derechos. Razón por la cual, toda violación al derecho a la identidad, es a su vez una vulneración al derecho a la dignidad Humana. (Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Subrayas fuera del texto).

fundamentales no incluye sólo derechos subjetivos y garantías constitucionales a través de los cuales el individuo se defiende frente a las actuaciones de las autoridades públicas, también incluye deberes positivos que vinculan a todas las ramas del poder público. No sólo existe la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar la esfera individual, también existe la obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de tales derechos. La razón jurídica que explica este compromiso positivo del Estado se encuentra en el mandato constitucional según el cual, el Estado colombiano se funda en el valor de la dignidad humana, lo cual determina, no sólo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna.” (Sentencia T-596 de 1992 Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón).

Es preciso señalar que la Corte no desconoce el contrasentido generado por la propia jurisprudencia, tan es así, que muchas veces ha querido saldarlo mostrando que la jurisprudencia ha vinculado al derecho de la dignidad humana con otros derechos fundamentales y que son éstos los que se protegen y no propiamente el derecho de la dignidad humana, es decir, la dignidad no sería un derecho fundamental sino un principio constitucional, segunda postura (Apartes de la sentencia T-881 de 2002).

Abandonando esta concepción minimalista del derecho a la dignidad humana, la Corte ha pasado del ámbito naturalista (condiciones intrínsecas del ser humano) o una concepción normativista o funcionalista en las cuales se preocupa más por el ámbito social del ser humano. Señala la Corte Constitucional:

Con esto no se trata de negar el sustrato natural del referente concreto de la dignidad humana (la autonomía individual y la integridad física básicamente), sino de sumarle una serie de calidades en relación con el entorno social de la persona. De tal forma que integrarían un concepto normativo de dignidad humana, además de su referente natural, ciertos aspectos de orden circunstancial determinados por las condiciones sociales, que permitan dotarlo de un contenido apropiado, funcional y armónico con las exigencias del Estado social de derecho y con las características de la sociedad colombiana actual (Sentencia T-881 de 2002).

En definitiva, el derecho a la dignidad humana es un derecho fundamental autónomo, en cuanto adquiere las característica de los mismos, ya que se basa en el principio de la dignidad humana, es decir la dignidad humana es diferente como derecho que como principio o valor, así pues, queda saldado el contrasentido planteado y se muestra que la dignidad humana es un principio, un valor y un derecho fundamental autónomo, pero cuando es el soporte de los demás derechos fundamentales es un principio constitucional de obligatorio cumplimiento.

4. El concepto de los derechos sociales

A diferencia de los derechos fundamentales, el concepto de los derechos sociales ha sido decantado por la doctrina constitucional, y no tanto desde la jurisprudencia, tal vez, por el hecho de que la acción idónea para la protección de dichos derechos, la acción popular, no ha tenido relevancia como la tuvo la acción de tutela.

Las concepciones acerca de este tipo de derechos van desde aquellas que niegan la posibilidad de fundamentar los derechos sociales como verdaderos derechos y entienden estos como simples metas o fines políticos, hasta las que argumentan la

posibilidad de entender los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos con plena garantía judicial.

Dentro de las múltiples concepciones que ha habido, se enunciarán las que Carlos Bernal Pulido (2005, pp. 302 y ss.) considera como las más importantes, esto con el fin de hacer un pequeño recuento de las luchas doctrinales que se han dado por la concepción de los derechos sociales dentro de la doctrina constitucional más relevante. Dichas posturas, el precitado autor las sintetizó así:

La primera de ellas define los derechos sociales como disposiciones programáticas. Para los defensores de esta teoría estos derechos son metas programáticas carentes de cualquier contenido jurídico vinculante, y por tanto se confunden con fines políticos que no tienen ninguna posibilidad de ser exigibles judicialmente.

La segunda acepción refiere a los derechos sociales como fines del Estado. Los que se inscriben en esta propuesta sostienen que la idea de los derechos sociales como *normas de programación final* que, de acuerdo con Bernal Pulido, indican al Estado el deber de alcanzar un objetivo determinado, pero no se señala la forma ni los medios necesarios para conseguirlos (pp. 307 a 311).

Una tercera teoría plantea la idea sobre los derechos sociales como mandatos objetivos. Esta se explica recurriendo a Böckenförde (1993), quien establece que las disposiciones de derechos sociales se concretan en mandatos jurídicos objetivos, dirigidos al Legislador. Esta postura se fundamenta en el carácter indeterminado de las normas que consagran los derechos sociales, y por ello no es posible otorgar a un sujeto determinado el derecho a acudir ante un juez, dado que carecen de un medio específico para su realización.

Una cuarta postura entiende los derechos sociales como derechos definitivos. Esta teoría explica el carácter normativo y vinculante de estos derechos a través de posiciones jurídicas definitivas²¹. De acuerdo con esto, las posiciones jurídicas definitivas imponen al legislador el deber de realizar actuaciones tendientes a encontrar los medios que permitan el goce efectivo del derecho. Por tanto, si bien se reconoce una potestad configurativa del legislador, en materia de derechos sociales, se establece una cláusula de no retroceso social, por lo cual el legislador está impedido para limitar o desaparecer las medidas que ya se han tomado como garantía de realización de estos derechos.

21 De acuerdo con el profesor Rodolfo Arango una posición jurídica es la relación deóntica de acuerdo con la cual el individuo (a) está en la situación de poder exigir algo (g) de otro (s). En este sentido sustancial o de contenido, una posición es la situación que ocupa un individuo dentro de un orden normativo, que debe ser reconocida y protegida *prima facie* porque dicha posición puede ser justificada con buenas razones que hablan a favor del individuo (2005).

Finalmente la última postura define los derechos sociales como derechos *prima facie*. Ella nace como objeción a la noción de derechos sociales como derechos definitivos, dado que de acuerdo con lo dicho por autores como Alexy (2002) y Borowsky (2003), los enunciados de derechos sociales dan lugar a normas y posiciones *prima facie*, que admiten restricciones legislativas, siempre que sean proporcionadas.

Estas cinco posturas son las principales concepciones derivadas de los derechos sociales, en las que se ha mantenido el debate acerca de la relación de estos derechos dentro de las cartas políticas, y en las que tanto detractores como defensores se han escudado para fundamentar sus teorías. Dentro de las enunciadas es claro que la doctrina, por lo menos la colombiana, y la misma jurisprudencia, se han acercado a posturas como la última enunciada. Para ellos que ven en los derechos sociales una posibilidad de concreción normativa que permite derivar su carácter de verdaderos derechos, a través de la noción de derechos subjetivos, la vía para alcanzar su vinculación jurídica, por lo cual se estudiarán los derechos sociales como derechos subjetivos como posibilidad de alcanzar su justiciabilidad.

Asimilación del concepto: los derechos sociales como derechos subjetivos

Para estudiar de forma minuciosa la posibilidad de expresar los derechos sociales dentro de la estructura de los derechos subjetivos, es menester realizar un recuento de las características que recubren a los derechos sociales, así como los aportes doctrinarios que se han realizado en torno a su definición.

Los derechos sociales han sido identificados como derechos prestacionales, que requieren acciones positivas del Estado para su concreción. De esta forma Luis Prieto Sanchís, en relación a los derechos sociales señala: “(...) los derechos económicos, sociales y culturales presentan una fisonomía jurídica muy particular, ya que en su mayoría son derechos prestacionales, esto es, derechos cuya satisfacción no requiere abstención de poderes públicos o de otros sujetos, si (sic) una acción o deber de contenido positivo; piénsese en el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, etc.” (1990, p. 187).

En esa misma línea, Bobbio establece que los derechos sociales “expresan la maduración de nuevas exigencias, digamos incluso de nuevos valores, como los del bienestar y de igualdad, no solamente formal, que se podrían llamar libertad a través o por medio de Estado” (1991, p. 71).

Según la profesora Luisa Fernanda Cano Blandón los derechos sociales son aquellos que imponen al Estado obligaciones de *hacer*; de planificar y ejecutar políticas para

redistribuir el bienestar, a diferencia de los civiles y políticos, frente a los cuales, su función es abstenerse, por ello la consagración de los derechos sociales es diferente a su realización, porque su sola consagración no es suficiente para garantizar su ejecución, por lo cual el reconocimiento constitucional de los derechos sociales no ha fijado la efectividad de aquellos, lo que ha obstaculizado la posibilidad de hacerlos exigibles judicialmente (2005, p.117).

Es precisamente la necesidad de buscar un medio por el cual lograr la judiciabilidad de estos derechos de carácter eminentemente prestacional que se intenta, a través de la noción de los derechos subjetivos, alcanzar la exigencia judicial de los mismos. Sobre este punto, es necesario precisar qué se entiende por ‘exigibilidad’ y qué por ‘judiciabilidad’:

Apoyándose en lo dicho por la profesora Cano, un derecho puede ser exigido por su titular a través de diferentes mecanismos –considerando las vías legales, obviamente– tales como protestas y manifestaciones públicas, petición por vía administrativa de su cumplimiento, huelgas, entre otros. Pero aclara que la posibilidad de hacer exigible un derecho depende de la existencia de una obligación correlativa de un sujeto determinado a quien se le pueda hacer exigible dicha obligación, es decir, que sea traducible en un derecho subjetivo (p.117).

Por otro lado, se afirma que un derecho es justiciable, o que se caracteriza por su justiciabilidad, “cuando se da la posibilidad al titular del derecho de poner en conocimiento de la autoridad judicial pertinente, la vulneración de su derecho, con el fin de que sea el juez quien imponga coactivamente el cumplimiento de la obligación” (p.117).

Pero el camino hacia la posibilidad de incluir los derechos sociales dentro del formato de derechos subjetivos no es sencillo, y cuenta con grandes detractores que argumentan en contra de esta postura. Las dificultades principales que pueden argüirse frente a la consideración de los derechos sociales como derechos subjetivos son: a) el carácter indeterminado de las normas que los consagran y b) La erogación de presupuesto público que demanda su realización.

Pese a las objeciones esgrimidas, los defensores de la garantía judicial de los derechos sociales ven plausible la adscripción de éstos como derechos subjetivos y presentan algunas objeciones frente a los obstáculos a los derechos sociales.

Frente al argumento del carácter indeterminado de los derechos sociales enunciado por Böckenförde (1993, pp 78 yss.), autores como Bernal Pulido consideran bastante discutible que de la indeterminación del objeto se siga la consecuente negación del sujeto a reclamar una determinada acción, y mucho menos que por esta razón se elimine la posibilidad de entender los derechos sociales como derechos subjetivos, por lo que indica:

Si la indeterminación de las disposiciones jurídicas implicara la inexistencia de los derechos subjetivos, este tipo de derechos no existiría en ningún caso. La indeterminación es inherente al lenguaje y por tanto al derecho, es un elemento connatural a las disposiciones que estatuyen los derechos subjetivos. El objeto del deber legislativo, por más indeterminado que este sea, no se confunde con el sujeto activo o titular del derecho que le es correlativo (2005, p.315).

En igual sentido, Rodolfo Arango establece que los derechos sociales fundamentales “no tienen como título de adquisición el texto expreso de la constitución [sino que] tiene como única fuente posible normas adscritas de derecho fundamental” (2005, p. 24), es a través de la interpretación y la argumentación jurídica que los derechos sociales cobran fuerza, fundamentando su exigibilidad teniendo como base todo el entramado normativo que consagra la Carta Política, es por ello que del hecho de que los derechos sociales no consagren un medio para alcanzar su justiciabilidad, no puede desprenderse que no puedan traducirse en derechos subjetivos.

Frente a la crítica de la necesidad de recursos públicos que requieren los derechos sociales para su realización, Alexy establece que, si bien estos derechos generan importantes efectos dentro de la política financiera, este argumento por sí solo no es suficiente para desencadenar la no existencia de estos derechos y, mucho menos, justifica la negación de su exigibilidad. Por lo cual, señala que “la existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de su justiciabilidad, cualquiera que sea la forma como se le describa: lo que sucede más bien, es que cuando existe un derecho éste es también justiciable” (2002, p. 496).

Siguiendo la línea argumentativa del profesor Arango, los derechos sociales fundamentales -como los define él-, tienen la característica de tener una norma jurídica, una obligación jurídica, la posición jurídica, el alto grado de importancia y el carácter general positivo. Haciendo una relación de estas características con los elementos descritos en el concepto de derechos subjetivos en sentido estricto, ya descrito, encuentra el autor que el concepto de derechos sociales fundamentales cumple con las tres características del derecho subjetivo, es decir, una norma jurídica, una obligación jurídica y una posición jurídica- y en razón a ello se deduce que pueden ser circunscritos en la categoría de derechos subjetivos.

Como se observa en la definición, el derecho subjetivo tiene como base una posición jurídica, por lo que es necesario identificar los presupuestos para adquirir una posición normativa, así como determinar la posibilidad de encontrar en los derechos sociales posiciones que permitan dar razones suficientes para su exigibilidad.

Una posición jurídica es definida como “la relación deóntica de acuerdo con la cual el individuo (a) está en la situación de poder exigir algo (g) de otro (s).” por lo

cual, se puede establecer que una posición “es la situación que ocupa un individuo dentro de un orden normativo, que debe ser protegida y reconocida *prima facie* porque dicha posición puede ser justificada con buenas razones que hablan a favor del individuo” (Arango, 2005, p.19).

En este sentido, la suficiencia de las razones viene a ser delimitada en cada caso concreto, por medio de la ponderación, es decir que se deben evaluar en las circunstancias específicas del caso bajo estudio, los argumentos a favor y en contra de las razones esgrimidas.

Así el principio de proporcionalidad juega un papel trascendental para la ponderación de las razones válidas, que en casos concretos pueden entrar en conflicto. Sin embargo, Rodolfo Arango aclara que esta primera parte del concepto de derechos subjetivos que se compone de las posiciones normativas, y las razones válidas para la posición normativa, no es suficiente para dar un concepto completo y bien estructurado de los derechos subjetivos, principalmente -como lo recalca el autor- en el caso de los derechos de prestación, dentro de los cuales se encuentran los derechos sociales.

Así para dar un concepto completo de derechos subjetivos que admita encuadrar dentro de su estructura los derechos sociales fundamentales, es menester estudiar la segunda parte del concepto de derecho subjetivo que permite determinar los presupuestos necesarios para el reconocimiento de vulneraciones a estos derechos, ya que, como se ha señalado, es la violación del derecho lo que da paso al ejercicio de todas las actuaciones tendientes para su protección. El problema de los derechos de prestación, como se ha plasmado, es que estos derechos dejan abierta la pregunta encaminada a establecer cómo debe cumplirse la obligación que demandan, y señalar con claridad quiénes son los obligados frente al incumplimiento de las normas constitucionales que amparan los derechos de prestación. Este dilema es una de las múltiples causas que llevan a gran parte de la doctrina a concluir la negación de los derechos sociales como derechos subjetivos, ya que la indeterminación de las normas que consagran estos derechos, no permite establecer con claridad cuál es la causa de la violación en determinado evento.

Sin embargo, la doctrina ha establecido unos criterios que permiten esclarecer en qué casos se puede hablar de una violación a los derechos de prestación, así como las circunstancias bajo las cuales son susceptibles de ser tutelados judicialmente.

Al respecto Arango expresa que el reconocimiento de cualquier violación de derechos, independientemente de si se trata de derechos de abstención o derechos de prestación, va a depender de 2 condiciones que permiten superar el obstáculo de la indeterminación de las normas que los consagran, así como precisar el titular

de la obligación. Las condiciones descritas son: 1) el daño individual inminente y 2) el no reconocimiento injustificado de una posición normativa definitiva concreta basada en razones válidas y suficientes.

En cuanto a la condición del daño individual se puede esbozar en el criterio que el autor señala como la *urgencia* de la situación como la clave para solucionar los problemas relacionados con la determinación. Para fijar la violación tendría que suponerse lo que acarrearía en ese determinado evento si a la persona no se le satisface la necesidad básica que lo apremia. Es decir como lo señala el autor “la urgencia de la situación -y la necesidad de hacer algo para evitar el daño individual inminente- puede ser determinada por argumentos contrafácticos, que muestran lo que sucedería a la persona en caso de que una de sus necesidades básicas no fuese atendida inmediatamente, esto es en caso de no ser reconocida su posición normativa pese a existir razones válidas y suficientes que la respalden” (2005, p.312).

De otro lado se encuentra el no reconocimiento injustificado de una posición normativa. El autor reseña que los problemas surgidos con la indeterminación del obligado en caso concreto, también pueden ser solucionados por medio de la teoría de la urgencia, argumentando que si el obligado principal en una situación particular, no puede llevar a cabo el cumplimiento de la obligación emanada de la norma, siendo que su titular ostenta una posición normativa que cumple con los criterios de razonabilidad y suficiencia, el derecho de la persona no puede ser negado por el juez.

Por lo cual, el criterio de la urgencia viene a determinar bajo qué presupuestos un individuo está en un posición jurídica que se encuentra justificada. Al respecto Arango establece que “no es la importancia abstracta del derecho, con independencia de la situación, sino la situación concreta, el criterio decisivo para determinar cuando una posición jurídica esta objetivamente justificada” (p.325).

Es claro entonces que el criterio de la urgencia viene a convertirse en un factor determinante para establecer la vulneración de un derecho, permitiendo así que el derecho menoscabado sea reconocido y por tanto pueda ser exigido en una instancia judicial.

Así en relación a la posibilidad de fundamentar los derechos sociales como derechos subjetivos, de acuerdo al concepto de derechos subjetivos propuesto por autores como Alexy y Arango, se tiene que estos derechos son definidos como posiciones jurídicas, por lo que teniendo en cuenta que los derechos sociales tienen dentro de su estructura una posición jurídica, se pueden argumentar mediante razones válidas y suficientes las posiciones normativas que estos contienen, alcanzando así a adscribir los derechos sociales en el formato de los derechos subjetivos, en

la medida que considerar los derechos sociales como derechos subjetivos, “les permite ganar el atributo de la justiciabilidad que caracteriza a éstos últimos,[que su titular los pueda hacer valer judicialmente en caso de vulneración o amenaza]” (Chinchilla, 1999, p. 17).

Referencias

Libros y artículos de revistas

- Abramovich, V. & Courtis, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (2003). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arango, R. (2005). *El Concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Arango, R. (2008). *Los derechos humanos como límite a la democracia: análisis de la ley de justicia y paz*. Bogotá: Norma.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho De Los Derechos*, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*, Madrid: Editorial Sistema.
- Böckenförde E. W. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cano Blandón, L. F. (2005). Fundamentalidad y exigibilidad de los derechos sociales: una propuesta argumentativa. *Estudios de derecho* 62 (140), 115-140.
- Casas Moreno, A. F.; Cortes, D. F. & Gamboa, L. F. (2003). Las comparaciones interpersonales y la evaluación de estados sociales alternativos. *Economía institucional* 05 (08), 147-160.
- Chinchilla, T. (2009) *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis.
- Dalbin, J. (2006). *Derecho Subjetivo*. Granada: Comares.
- Ferrajoli, L. (2005). *Los fundamentos de los Derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2008). Derechos fundamentales: Universalismo y multiculturalismo. *Claves de Razón Práctica* 184, 4-7.
- Gómez Isaza, M. C. (2006). La historia del estado social de derecho. *Estudios de Derecho* 63 (141), 73-99.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa.

- Londoño, D. E. & Gonzalez, J. (2001). Estado social: verdadera formula política para Colombia. *Kabai* 09, 74-81.
- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Marienhoff, M. S. (2003). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Lexis-Nexis Abeledo Perrot
- Prieto Molinero, R. J. (2010). *El abuso del derecho*. Buenos Aires: La Ley.
- Prieto Sanchís, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate.
- Ross, A. (1976). *"Tú-Tú"*. Buenos Aires: Abeledo Perrot
- Vallejo Mejía, J. (1998). Curso de teoría constitucional: Teoría del estado. *Estudios de Derecho* 57 (130), 15-45.

Sentencias

- Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 1992 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992 Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. Sentencia T-462 de 1992 Magistrado Ponente Simón Rodríguez Rodríguez.
- Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 1992 Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-477 de 1995 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-225 de 1998 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-819 de 1999 Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1306 de 2000 Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz
- Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2001 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia T-227 de 2003 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.