



■ Búsqueda de las cosas inmateriales
Néctor Mejía
2005

***LA JUSTICIABILIDAD DE LOS
DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS
DE LA CONSTITUCIÓN
COLOMBIANA DE 1991****

* Artículo resultado de trabajo de investigación para obtener el título de Especialista en Derecho constitucional de la Universidad de Antioquia.
Fecha de recepción: Noviembre 30 de 2005
Fecha de aprobación: Enero 23 de 2006

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS DE LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991

Un ensayo sobre lo no nuevo de la mano de lo nuevo

Mauricio Andrés Gallo*

RESUMEN

El artículo presenta el planteamiento de un problema específico del derecho constitucional colombiano vigente ¿es posible la construcción de una teoría que defienda la justiciabilidad de los derechos sociales y económicos de la Constitución Política de 1991?; desde allí se formulan los problemas básicos y elementales sobre el tema desde dos esferas diferentes, (i) una dogmática: ¿cuáles son los derechos sociales y económicos de la Constitución Política?, ¿qué es la justiciabilidad de un derecho? y (ii) otra histórica: ¿cuál es el escenario político, cultural y económico en el que jugaría dicha teoría?, ¿qué elementos suministran hechos como la Revolución francesa o el nacimiento del Estado Social de Derecho europeo en la construcción de dicho escenario?; finalmente se desarrollan dos ideas que podrían constituir el punto de partida para la construcción de una teoría que defienda la justiciabilidad de los derechos sociales y económicos de la Constitución Política de 1991.

Palabras clave: Teoría unipuntual, derecho social, derecho económico, criterio formal, criterio estructural, criterio material, justiciabilidad, justiciabilidad difusa, justiciabilidad concentrada, revolución francesa, Estado Social de Derecho, neoliberalismo, adscripción de normas, competencias, desconcentración del poder político.

THE JUSTICIABILITY OF THE SOCIAL AND ECONOMICAL RIGHTS OF THE 1991 COLOMBIAN CONSTITUTION

A paper about the not new in hand with the new

ABSTRACT

The article shows a specific current Colombian constitutional law problem: ¿it is possible the construction of a theory that defends the justiciability of social and economics rights of the 1991 Politic Constitution? From there it formulates the elemental and basic problems about the theme and they have two different sides: (i) A dogmatic one: ¿Which are the social and economics rights of the Politic Constitution? ¿What is the justiciability of a right? and (ii) A historic one: ¿Which is the political, cultural and economic scenario where this theory plays?, ¿what elements bring facts such as French Revolution or the beginning of the European Social State of Law, in the construction of that scenario? Finally, it develops two ideas that may be the starting point for the construction of a theory that defends the justiciability of the social and economics rights of the 1991 Politic Constitution.

Key words: unipunctual theory, social right, economic right, formal criteria, structural criteria, material criteria, justiciability, diffuse justiciability, concentrated justiciability, French Revolution, Social State of Law, neoliberalism, norms adscription, competences, non concentrated political power.

* Profesor semilla del Grupo de Investigación "Derecho y Sociedad", adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Docente del área de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS DE LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991

Un ensayo sobre lo no nuevo de la mano de lo nuevo

INTRODUCCIÓN

Nos encontramos frente a un capítulo más de la novela en la que las luchas para encontrar desde lo jurídico, soluciones a los problemas sociales, reaparecen dentro del tablado de nuestra historia *iusteórica*. Para la nueva función, los protagonistas son categorías jurídicas formales con rango de garantías constitucionales, denominados derechos sociales económicos y culturales, de aquí en adelante DSE. El desarrollo de unas cuantas ideas e inquietudes acerca de este tema, será abordado de la siguiente forma.

Para comenzar, quisiera dedicar unas cuantas líneas a su potencial lector, para hacerle varias advertencias necesarias y que he denominado *advertencias epistemológicas*. Mediante ellas, pretendo brindarle una idea general de los contenidos de este ensayo y de la forma en que serán abordados, o si se quiere, alararlo de manera preventiva para que evite desde el inicio, las casi seguras insatisfacciones producidas por tantas páginas de ideas e ideas sobre lo *no nuevo*.

Posteriormente, aquel lector que decida asumir el riesgo de la insatisfacción, encontrará lo que he denominado *la formulación del punto de partida*, que no es otra cosa que una delimitación conceptual necesaria para entender lo que aquí se diga. Con ella, lejos de pretender delimitar los presupuestos objetivos necesarios para la ciencia de los DSE de la Constitución de 1991, pretendo indicar el sentido que dentro de este ensayo se le dará a determinados conceptos.

En tercer lugar, se encontrará una delimitación histórico-cultural, con la que, sin pretender separar lo político de lo *jurídico-científico*, se intentará ubicar la discusión sobre la justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, en un contexto determinado, dentro de una cultura específica, que aquí se denominará *el escenario*. Será esta delimitación la que permita entender tanto los matices que adquieren las interpretaciones de las formas jurídicas, obedeciendo a objetivos políticos concretos y determinables, como los límites que el mismo escenario impone a dichos intereses.¹ Para ello, me valdré no solo del material jurídico positivo vigente, sino

¹ La necesaria relación entre el contexto histórico-político y la práctica efectiva de los derechos, puede verse en FIORAVANTI, Mauricio. *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 2000 (en adelante Fioravanti, *Los Derechos*).

que acudiré a otros contextos teóricos, a aquellos que nutren permanentemente las instituciones jurídico políticas y las ideas locales.

Finalmente, después de dejar expuestos al debate los presupuestos metodológicos, conceptuales e histórico-culturales, con los que se trabaja en este ensayo, se llegará a lo *no nuevo* de la mano de lo nuevo. Se dejarán sentadas dos ideas, que he denominado como mi *hipótesis básica* y una *hipótesis jurídico positiva*, con la única intención de que sirvan de base para futuros ensayos sobre lo *no nuevo*. La primera será esbozada utilizando como sustento inicial tanto los elementos recogidos durante todas estas líneas, como alguna jurisprudencia de la Corte Constitucional, mientras que para la segunda, se partirá de una teoría específica de los derechos fundamentales, la de Robert Alexy.²

1. ADVERTENCIAS EPISTEMOLÓGICAS

En primer lugar debe tener muy presente el lector que las siguientes líneas, no son más que una aproximación teórica inicial al problema de la justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, desde una teoría específica de los derechos fundamentales. Su lectura probablemente no sólo dejará más interrogantes que respuestas concretas, sino que llevará a lo evidente, a lo obvio, o como se ha consignado desde su propio título, a lo *no nuevo*. Se trata pues, de un ensayo que ni pretende generar crisis en los paradigmas actualmente reinantes en nuestra ciencia del derecho, ni tampoco, si se parte de la idea de que en la actualidad dicha crisis ya existe, reafirmar alguno de los discursos que puedan estar en lucha por convertirse en paradigmas.

Se trata de una advertencia pretenciosa que fija el objetivo de este artículo en un punto muy alto, y que tal vez sea el más difícil de lograr dentro de la cultura jurídica

² No se acude a esta teoría específica de los derechos fundamentales con la creencia que sea la teoría *correcta* desde la que se deben construir nuestros discursos locales sobre derechos fundamentales. Acudo a sus postulados únicamente en tanto creo que centrar toda la problemática desde una teoría específica de derechos fundamentales, me genera varias ventajas: (i) Concreción metodológica y cierre de un campo abierto y difícil; (ii) es una teoría que a su vez abre y cierra las puertas a un modelo de justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, por lo que con ella pueden jugar los diferentes actores de esta novela; (iii) es una teoría que ha tenido aplicación efectiva por nuestra Corte Constitucional por lo que su aplicación *local* es derecho positivo vigente; y, (iv) un análisis crítico de la *transmutación* (López, *Teoría impura*) que se ha hecho en nuestro medio, especialmente dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, permite entender el problema *local* que está en el fondo de la discusión por la justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991 y, a su vez, permite advertir sobre los posibles problemas y peligros teóricos que genera la aplicación de este modelo desde una única teoría unipuntual de los derechos fundamentales.

en la que nos ha tocado subsistir. Y es que en nuestro contexto *iusteórico*, producir cualquier obra intelectual con el único objetivo de pensar en lo obvio, de hablar y tratar de recordar las ideas sobre lo *no nuevo*, se vuelve una tarea casi quijotesca. Decir, por ejemplo, que el llamado urgente, utilizado como grito de batalla para defender nuestro *sistema democrático* y nuestro *Estado de Derecho* de la *dictadura de los jueces*, a los postulados básicos del clasicismo,³ no es más que la herramienta iusteórica natural de aquellos que velan por un regreso a un modelo de Estado determinado, quizás no tenga dicho efecto de obviedad. Ante ello, y anticipando que es esta quizá la tesis principal para desarrollar, el objetivo será que el artículo la convierta no sólo en una idea comprensible, sino obvia, evidente, y espero, *no nueva*.

En segundo término debe indicarse que aquel posible lector que no tenga otra expectativa al ingresar en el complicadísimo mundo de los DSE, que encontrar una fórmula jurídica que permita "*librar, al menos en parte, a la ciencia de los derechos fundamentales, de la retórica política y de los vaivenes de la lucha de las concepciones del mundo*",⁴ tiene que saber desde ya, antes que sea demasiado tarde, que este artículo lejos de pretender encontrar respuestas jurídicas correctas, lo que busca es señalar cómo son precisamente esas diferentes concepciones del mundo, las que mediante la utilización de los discursos jurídicos, van construyendo respuestas *puras y correctas* para sus propios intereses.

Utilizando los términos del propio Alexy, se tratará de establecer la relación entre la elaboración de discursos sobre posibles juicios concretos de deber ser de los DSE de la Constitución de 1991 y *las teorías unipuntuales de los derechos fundamentales* que puedan identificarse dentro de nuestro contexto.⁵ Por ello, porque en las siguientes líneas no se encontrará un esfuerzo más por tratar de convertir en un problema de conocimiento científico y racional, la decisión política

³ Utilizo la expresión *clasicismo* de Diego López Medina. *Teoría impura del derecho*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes, Legis, 2003. (En adelante López, *Teoría impura*.)

⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 45. (En adelante Alexy, *Teoría*.)

⁵ El citado autor alemán define como teoría unipuntual de los derechos fundamentales a aquella que "*pretende remitir los derechos fundamentales a una tesis básica*" Alexy, *Teoría*, p. 37, señalando para Alemania las siguientes "*la teoría liberal o del Estado de derecho burgués, la teoría institucional de los derechos fundamentales, la teoría axiológica de los derechos fundamentales, la teoría democrática-funcional y la del Estado social de los derechos fundamentales*" p. 36; y "*la tesis según la cual los derechos fundamentales son garantías procesales*" p. 37. Para Alexy una teoría dogmática de los derechos fundamentales no puede ser concebida adecuadamente sobre la base de una teoría unipuntual: "*dada la variedad y complejidad de aquello que regulan los derechos fundamentales y la experiencia según la cual en cuestiones prácticas de alguna importancia siempre hay que tomar en cuenta un haz de puntos de vista opuestos entre sí.*" p. 37. Lo

de amparar o de negar la protección judicial de un DSE de la Constitución de 1991, dejó a elección del lector y de sus concepciones políticas y epistemológicas sobre lo jurídico, clasificarlo como un trabajo dogmático, jurídico, político, filosófico o poético.

Y, finalmente, debe saber el lector que este artículo parte de una concepción de lo jurídico que ni niega, ni pretende esconder, la posición activa que juega el operador jurídico como sujeto que crea derecho en el momento de la adjudicación de las normas. Esta advertencia se hace para evitar que mis argumentos sirvan como un instrumento más de deslegitimación académica para el denominado por muchos como enemigo de la democracia, la Corte Constitucional. Por ello, debo advertir, que cuando dentro de estas líneas se insista en el papel activo que ha tenido nuestra Corte Constitucional en la creación de lo que hoy se considera como derecho positivo en materia de DSE de la Constitución de 1991, cuando se insista en la idea de que la Corte Constitucional crea derecho, no se está haciendo ninguna crítica a esta institución, ni se está reforzando la tesis según la cual dicho tribunal *se robó el poder*. Contrario a lo que muchos, aún hoy, pretenden mostrar como una idea herética, este artículo parte tranquilamente de la base que todo juez, constitucional u ordinario, colegiado o individual, en el momento de la adjudicación de cualquiera de las normas jurídicas, norma constitucional, ley, jurisprudencia, decreto, etc., crea derecho.

2. FORMULACIÓN DEL PUNTO DE PARTIDA

Se ha advertido ya al posible lector sobre los riesgos de insatisfacción presentes en escritos sobre lo *no nuevo*. Paso ahora a formular lo que he denominado como el punto de partida. ¿Es posible construir dentro de nuestro sistema político, un discurso, o si se prefiere, una teoría dogmática, que defienda la justiciabilidad de los derechos sociales y económicos consagrados expresa o tácitamente en la Constitución de 1991?

Se trata entonces de indagar, desde una teoría específica de los derechos fundamentales, por las posibilidades teóricas de construcción de un discurso que defienda la justiciabilidad de DSE concretos, determinados o determinables, a partir de la

que importa en este artículo no es rebatir esta idea, por el contrario, lo que se pretende es precisamente señalar como en el momento de construcción de un discurso de justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, son las teorías unipuntuales las que entran en juego y las que mediante las diversas maneras de mirar el mundo, construyen los discursos jurídicos sobre la posibilidad o no de establecer DSE justiciables.

vigencia de una norma jurídica positiva, la Constitución Política de Colombia de 1991 y de la actuación judicial de un tribunal específico, la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Ello para un espacio geográfico también delimitado, el territorio colombiano, y dentro de una cultura históricamente determinada, de la que, además de lo jurídico, también hacen parte intereses económicos y políticos, que permanentemente se infiltran y utilizan el mundo del derecho para satisfacer sus propósitos.

Paso previo y necesario para entender adecuadamente el problema, será una concreta delimitación de algunos conceptos fundamentales que aquí se tratarán, se repite, sin pretensiones de cientificidad o de universalidad. Ellos son: (i) una delimitación de lo que aquí se entiende como DSE de la Constitución de 1991 y (ii) de lo que en este ensayo se entiende por justiciabilidad. Tarea que se inicia a partir de este instante.

2.1. ¿Cuáles son los DSE de la Constitución de 1991?

Para establecer claramente qué se entiende por DSE de la Constitución de 1991, se debe precisar de manera anticipada que, por los objetivos de este ensayo, ya señalados desde las primeras líneas, aquí se supondrá, o mejor, se aceptará de manera acrítica y sin que ello signifique que se esté de acuerdo, que los DSE de la Constitución de 1991 son normas jurídicas que presentan una doble estructura, similar a la que Robert Alexy asigna a los derechos fundamentales, esto es, principios/reglas. Estas normas jurídicas, precisamente por su estructura, en su categoría de principios, constituyen mandatos de optimización que generan razones *prima facie* cuyas posibilidades de justiciabilidad, de constituir razones definitivas, dependerán de que se derive de ellos una regla a través de la ley de colisión. Sobre este punto se volverá más adelante, aquí solamente basta con saber que partiendo de esta naturaleza supuesta de los DSE de la Constitución de 1991 como *mandatos de optimización*, lo que se pretende resolver no parte de la pregunta *¿qué son los DSE de la Constitución de 1991?* inquietud que quedaría resuelta mediante la estructura *principios/reglas*, sino, *¿cuáles son los DSE de la Constitución de 1991?*

A partir de este instante se buscará, entonces, un criterio identificador que nos permita responder cuales son los DSE de la Constitución de 1991. Para lograrlo, partiré de criterios identificadores que resulten insatisfactorios, utilizando como táctica el confrontar el criterio con sus propios postulados, y evitando en lo posible acudir a posiciones *isteóricas* contrarias, hasta llegar a aquel que cumpla con mis expectativas.

Por tratarse de un escrito que nace en una cultura *iusteórica* orgullosamente formalista, comencemos con un criterio de este tipo, al que denominaré criterio *formalista-textual*. Mediante este criterio identificador, podríamos señalar que son DSE de la Constitución de 1991 sólo aquellos derechos (i) consagrados directamente en el texto de la Constitución y (ii) que nuestra Carta fundamental cataloga como tales, esto es, únicamente los derechos consagrados en el Capítulo 2 del Título II, artículos 42 a 77 de la Carta Política. Este primer criterio simplemente no me satisface, entre muchas razones, descartando aquellas que pueden considerarse desde un punto de vista *iusteórico anti-clasicista*, simplemente porque si se acude a razones *formalistas-textuales*, el propio texto constitucional lo convierte en insatisfactorio, en tanto consagra en apartes diferentes derechos que aquí se denominarán como DSE entre ellos, el derecho al trabajo artículo 25, y consagra dentro de este título derechos que para este artículo no son DSE, como el artículo 73 que consagra la libertad y la independencia en la actividad periodística o el artículo 74 que consagra el derecho de todos al acceso a los documentos públicos.

Intentemos entonces, ampliar un poco este criterio mediante un criterio identificador que denominaré *formalista-extensivo*. Con un criterio identificador de este tipo, siguen siendo DSE de la Constitución de 1991 aquellos derechos directamente consagrados en el texto constitucional, pero no ya solamente los del Capítulo II del Título II y definidos por la Carta como DSE. Como ya lo habrá notado un lector atento, este concepto resultará igualmente insatisfactorio puesto que presenta dos inconvenientes. (i) En tanto exige y no suministra un criterio adicional, a la denominación expresa que hace el texto de lo que son los DSE y (ii) porque en la búsqueda de este criterio identificador de los DSE de la Constitución de 1991, no debe pasar desapercibida una característica importante presente en nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido en que, al parecer, el catálogo de derechos constitucionales en ella consagrados, no se agota en la enunciación directa que de ellos se haga en el texto escrito o en los convenios internacionales suscritos por nuestro país.⁶ Por ello, necesitamos otro criterio, tal vez estructural o tal vez material, el cual, partiendo de nuestro sistema jurídico positivo, no sólo nos diga cuales de los derechos consagrados directamente en la Constitución de 1991 son DSE, sino que

⁶ Esta característica de nuestro ordenamiento ha encontrado apoyo formal en el artículo 94 de la Constitución y puede verse, aunque con una fundamentación que no ha sido unánime, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-406/92; C-580/02; C-027/93; C-073/96; C-156/99; C-179/94; C-225/95; C-350/97; C-574/92; SU-256/99; T-028/94; T-037/93; T-050/99; T-08/90; T-116/96; T-032/95; T-630/98; T-641/01; T-855/02, así como en doctrinantes como CHINCHILLA, Tulio Eli. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá, 1999, o GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. "Derechos sociales y necesidades políticas". En *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá 2001.

también nos permita incluir a aquellas garantías vigentes en nuestro ordenamiento, no consagradas directamente en el texto constitucional, o *inherentes a la persona humana*, si se quiere utilizar las palabras del artículo 94.

De esta forma, como tercer criterio identificador, podría utilizarse uno de tipo estructural. Para elaborar este criterio, conviene primero realizar, de la mano de Alexy, las siguientes precisiones.

El enunciado

- (1) *a* tiene frente a *b* un derecho a G .⁷
constituye la estructura de un enunciado sobre un *derecho a algo*.⁸ Dentro de esta estructura interesa señalar la diferencia que puede existir dependiendo de lo que se estipule en G . Así podemos señalar que existen diferentes estructuras del derecho a algo, desde G
- (2) *a* tiene frente a *b* un derecho a que éste no lo estorbe en la realización de la acción *h*.⁹
- (3) *a* tiene frente a *b* un derecho a que éste no elimine la posición jurídica *PJ* de *a*.¹⁰
- (4) *a* tiene frente a *b* un derecho a que éste lleve a cabo la acción positiva fáctica *h*.¹¹
- (5) *a* tiene frente a *b* un derecho a que éste lleve a cabo la acción positiva normativa *h*.¹²

De estas diferentes estructuras interesan (4) y (5) porque ellas, y sólo ellas, señalan derechos a acciones positivas. (4) como aquellos derechos cuyo objeto es una acción fáctica y (5) como aquellos derechos cuyo objeto es una acción normativa.¹³ La distinción entre una y otra acción la señala el profesor alemán de la siguiente forma:

⁷ Alexy, *Teoría*. p. 186.

⁸ El autor alemán distingue dentro de las posiciones jurídicas relativas a los derechos subjetivos, una triple división (1) derechos a algo, (2) libertades y (3) competencias. Alexy, *Teoría*. p. 186. En lo que sigue, se partirá de la estructura de la primera posición, derechos a algo, para encontrar un criterio estructural que posiblemente permita establecer un criterio identificador de cuáles son los DSE de la Constitución de 1991.

⁹ Alexy, *Teoría*. p. 191.

¹⁰ Alexy, *Teoría*. p. 194.

¹¹ Alexy, *Teoría*. p. 196.

¹² Alexy, *Teoría*. p. 196.

¹³ Alexy, *Teoría*. p. 195.

Se trata de un derecho a una acción positiva fáctica cuando se supone un derecho de un propietario de una escuela privada a recibir ayuda estatal a través de subvenciones, se fundamenta un derecho a un mínimo vital o se considera una pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio. El hecho de que la realización de este tipo de derechos se lleve a cabo de una forma en algún modo jurídica no altera para nada el carácter del derecho como un derecho a una acción fáctica. Para la realización del derecho es indiferente la forma como se lleve a cabo. Lo decisivo es únicamente que después de la realización de la acción, el propietario de la escuela privada disponga de medios suficientes; el necesitado, de las condiciones mínimas de existencia; y el que desea estudiar, de una plaza de estudios. La irrelevancia de la forma jurídica de la realización de la acción para la satisfacción del derecho es el criterio para la delimitación de los derechos a acciones positivas fácticas y a acciones positivas normativas.¹⁴

Por su parte, los derechos a acciones positivas normativas, “*son derechos a actos estatales de imposición de normas*”.¹⁵

Con base en estas precisiones, podemos sugerir un primer criterio identificador estructural, que denominaré como *criterio estructural restringido*. Con base en este criterio, los DSE de la Constitución de 1991 son aquellos derechos a prestaciones, en el sentido de acciones positivas fácticas (4), esto es, los *derechos a prestaciones en sentido estricto*.

(4) *a* tiene frente a *b* un derecho a que éste lleve a cabo la acción positiva fáctica *h*¹⁶

Este *criterio estructural restringido* resulta insuficiente como criterio identificador de los DSE de la Constitución de 1991, por la siguiente razón: Los DSE de la

¹⁴ Alexy, *Teoría*, p 195

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Ídem. Indudablemente Alexy señala que cuando se habla de derechos sociales fundamentales, se hace referencia a derechos que presentan esta estructura. De la misma manera, aunque sin hacer una precisión analítica como la del profesor de Gotinga, COSSIO DÍAZ, Jose Ramón, se refiere a este tipo de derechos como derechos prestacionales, en *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Vale la pena resaltar que para este último autor, la denominación *derechos sociales*, que es la que aquí se utiliza, resulta inadecuada e injustificada en la época actual. “*Hablar de derechos sociales tuvo una indudable importancia en el pasado, cuando se utilizó como <<arma>> política para incorporar derechos de nuevo cuño al catálogo de los clásicos derechos individuales. En aquel entonces, la contraposición individual/social expresaba un conflicto y lo caracterizaba apropiadamente. Hoy en día, y cuando la mayor parte de las constituciones incorporan aquellos reclamos (así sea formal o deficientemente), nos parece que han desaparecido las razones para mantener esa oposición terminológica*”. p. 46. Como se verá más adelante, tal vez por el mismo argumento del profesor mexicano, para este ensayo resulta más que acertado utilizar el término *derechos sociales*.

Constitución de 1991, también implican el derecho a acciones normativas por parte del Estado. Veamos porque.

En la sentencia C 1433/00 la Corte Constitucional, dentro de un juicio concreto de deber ser del derecho a la remuneración mínima vital y móvil del trabajo, adscribe a los enunciados normativos consagrados en los artículos 25 y 53, la siguiente norma

(6) El Estado tiene el deber de conservar el poder adquisitivo del salario y de asegurar su incremento periódico.

Dentro de dicho fallo, la Corte establece que este derecho pertenece a todas las personas que prestan su fuerza laboral, sean empleados públicos o particulares. Para trabajar en los términos del profesor alemán, para esta norma (i) es posible derivar dos normas diferentes, (ii) puede expresarse mediante un operador triádico y (iii) puede enunciarse desde la perspectiva del correlativo derecho,¹⁷

(6') *a* tiene frente al Estado el derecho a que este le garantizara la conservación del poder adquisitivo de su salario,

y,

(6'') *a* tiene frente al Estado el derecho a que este le asegure un incremento periódico de su salario.

Si bien, aún no hemos determinado cual es el criterio identificador de los DSE de la Constitución de 1991, esto es, aún no se ha explicado por qué, debemos decir que indudablemente este es un DSE de la Constitución de 1991. Si se aceptara el criterio estructural *restringido*, una acción positiva fáctica a cargo del Estado, este criterio exigiría la adscripción de la siguiente norma, o en otras palabras, con base en este DSE de la Constitución de 1991, deberíamos concluir, así no se distinguiera si *a* es un trabajador público o privado, que

(7) *a* tiene frente al Estado el derecho a que este le pague un incremento periódico de su salario.

Indudablemente no es éste el mandato que ha establecido la Corte en la citada Sentencia. En otros términos, esta norma (7) no ha sido adscripta por la Corte Constitucional en el ya referido juicio concreto de deber ser. De allí, que este DSE de la Constitución de 1991 implique un derecho a una acción normativa del Estado,

¹⁷ El término “correlativo” y su utilización en los conceptos derecho-deber, lo utilizo de Wesley N. Hohfeld. *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. Citado por Alexy, *Teoría*, y por JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. *La crítica de los derechos*. Bogotá, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 2003.

derecho de prestación en sentido amplio, en tanto el deber del Estado consiste en ordenar, vía norma general o particular, a los empleadores, públicos o privados, que cumplan con su deber.

Podemos decir entonces que, si se coloca la titularidad del correlativo deber de un DSE de la Constitución de 1991, en cabeza de los particulares,¹⁸ esto es, el deber de realizar la acción fáctica, los DSE generarían frente al Estado el derecho a una acción normativa, esto es, un derecho a prestaciones en sentido amplio. Por lo tanto, el *criterio estructural restringido*, se repite, son DSE de la Constitución de 1991 los derechos a prestaciones en sentido estricto (4), resultaría insuficiente.

Frente a ello, podría pensarse que el criterio estructural resultaría satisfactorio ampliando su cobertura, esto es, mediante un *criterio estructural general*, señalando que son DSE de la Constitución de 1991, aquellos derechos a prestaciones, tanto en sentido amplio como en sentido estricto. Desde este punto, se diría que todos los derechos de la Carta Política de 1991 que tengan algunas de estas dos estructuras, serán DSE

- (8) *a* tiene frente al Estado un derecho a que éste lleve a cabo la acción positiva fáctica *h*.¹⁹
- (9) *a* tiene frente a algún particular un derecho a que éste lleve a cabo la acción positiva fáctica *h*.²⁰

Como vimos anteriormente, el derecho a una acción fáctica cuyo correlativo deber está en cabeza de un particular, constituye un derecho a una acción normativa por parte del Estado, el enunciado (9) puede expresarse de la siguiente forma

- (9') *a* tiene frente al Estado un derecho a que éste lleve a cabo la acción normativa *h*

Este criterio estructural *general* también resulta insatisfactorio, en tanto, derechos que para este ensayo no son DSE de la Constitución de 1991, también generan derechos a prestaciones, ora en sentido amplio, si el correlativo deber está en los particulares, ora en sentido estricto, si se colocara en cabeza del Estado. Veamos El artículo 29 de la Constitución de 1991 contiene el siguiente enunciado normativo.

¹⁸ En efecto en su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha establecido que el correlativo deber de los DSE de la Constitución de 1991, incluso si se trata de los derechos sociales fundamentales de los niños, está en primer término en cabeza de los particulares, en segundo lugar en la sociedad, y en tercer lugar en el Estado. Véase sentencia SU 225/98.

¹⁹ Alexy, *Teoría*. p. 196.

²⁰ Alexy, *Teoría*. p. 196.

- (10) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento.

En este enunciado podemos adscribir las siguientes normas de derecho fundamental.

- (11) *a* tiene frente al Estado el derecho a que éste le suministre el abogado que *a* escoja.
- (12) En el caso en que *a* no tenga los recursos económicos necesarios para pagar el abogado que desea, *a* tiene frente al Estado el derecho a que éste le suministre un abogado de oficio.

Si partimos del criterio de identificación estructural *restringido*, en tanto (11) y (12) implican el derecho a una acción fáctica por parte del Estado, la conclusión sería que al enunciado (10) le corresponde una norma de DSE de la Constitución de 1991. Por supuesto, igual conclusión se obtendría desde el criterio estructural *general*.

Igualmente, partiendo de (12) podría pensarse en la adscripción de una norma de derecho fundamental, donde *X* representa la circunstancia *C* en que el particular *a* no cuenta con los recursos económicos propios para contratar un abogado, y donde *b* es un abogado particular

- (13) Si *C* (*a X*), el Estado tiene frente a *a* la obligación de pagar a *b* para que asuma la defensa de oficio.

Esta norma, bajo ambos criterios estructurales, el *general* y el *restringido*, sería un DSE. Sin lugar a dudas constituye un derecho de prestación en sentido estricto, en tanto exige una acción fáctica por parte del Estado, esta es, pagar a *b*.

Por su parte, si decimos que colocamos el correlativo deber en cabeza de un particular

- (14) Si *C* (*a X*), *b* tiene el deber frente a *a* de asumir su defensa dentro de la investigación y juzgamiento, de oficio, sin cobrar honorarios profesionales, entonces en esta norma, la obligación de realizar la acción fáctica que impone el derecho fundamental será del particular y por consiguiente, *a* tendrá frente al Estado un derecho a una acción normativa.

- (15) *a* tiene frente al Estado el derecho a que éste realice la acción normativa de exigir a *b* que asuma gratuitamente la defensa técnica de *a*.²¹

²¹ Piénsese por ejemplo en una norma con la que dentro de un proceso disciplinario el Consejo Superior de la Judicatura imponga una sanción a un abogado que se niegue a asumir una defensa de oficio consistente en la suspensión de su tarjeta profesional.

En este punto el enunciado (10) contendría, bajo el criterio identificador estructural *general* un DSE de la Constitución de 1991.

Sin embargo, dentro de este ensayo, al enunciado (10) no corresponde una norma de DSE de la Constitución de 1991, ni con la adscripción de (11), (12) o (13), ni mucho menos con la de (14) o (15). El hecho, por ejemplo, de que el Estado colombiano tenga bajo su costo la defensoría pública, un grupo de abogados pagados por él, que asumen la defensa de aquellos individuos que no cuentan con los recursos necesarios para contratar una defensa técnica particular (13), no implica el cumplimiento por parte del Estado de un deber nacido de un DSE de la Constitución de 1991. Cuando preguntamos ¿por qué? Cuando planteamos el problema de explicar el por qué hacemos esta afirmación, nos damos cuenta que el criterio identificador estructural se queda corto para delimitar cuales son los DSE de la Constitución de 1991.

Por eso es que propongo como criterio identificador para determinar cuales son los DSE de la Constitución de 1991 el siguiente: son DSE de la Constitución de 1991 aquellos derechos cuya consagración dentro de un ordenamiento positivo constituye la diferencia principal entre dos modelos de Estado, entre el Estado Liberal de Derecho y el Estado Social de Derecho. Entre dos concepciones de lo jurídico. Entre una Constitución entendida exclusivamente como *norma fundamental de garantía* y una Constitución entendida como mezcla ecléctica entre dicho sistema de garantía y *como norma directiva fundamenta*.²² En definitiva, la diferencia entre dos concepciones diferentes del mundo, de lo político y de lo social. De allí que para el presente artículo, cuando se hable de los DSE de la Constitución de 1991, se hará referencia a aquellos derechos consagrados directamente en el texto superior o en los convenios internacionales ratificados por Colombia, y a aquellos derechos definidos por vía jurisprudencial, considerados como *inherentes a la persona humana*, que forman parte y son propios de un catálogo de derechos constitutivos de un modelo de Estado específico, del Estado Social de Derecho.²³

²² Esta distinción entre dos diferentes modelos constitucionales la traigo de Fioravanti, *Los Derechos*, quien identifica el modelo de Constitución *como norma fundamental de garantía* como el propio de la tradición anglo-sajona que entiende como el deber esencial y exclusivo el de tutelar *liberty and property*, “una constitución que es más lugar de competición entre los individuos y las fuerzas sociales y políticas”, mientras que la constitución *como norma directiva fundamenta* es propia de los modelos europeos continentales, e implica “un proyecto común para el futuro (...) como indicador normativo de un conjunto de valores a realizar colectivamente en el futuro” p. 95.

²³ ALEXY, Robert *Teoría*. p. 63 y ss. Cita a Carl Schmitt para quien “(los) derechos fundamentales son sólo aquellos derechos que pertenecen al fundamento mismo del Estado y que, por lo tanto, son reconocidos como tales en la Constitución”. Para el pluricitado autor, “Que un derecho pertenezca al “fundamento mismo del Estado” es una manifestación material”. Señalando

2.2. ¿Qué se entiende por justiciabilidad?

La pregunta sobre la posibilidad de creación de un discurso que defienda la justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, va referida a la perspectiva exclusiva del juez. Acudiendo nuevamente al lenguaje alexiano, digamos que se trata de preguntar por una teoría dogmática que parta de los DSE de la Constitución de 1991 como “razones para normas y, en tanto razones para normas, como razones para normas universales (abstracto-generales) y/o normas individuales (juicios de deber ser jurídico-concretos)”.²⁴

Como ya se expresó, aquí se parte tranquilamente de la idea de que el juez crea derecho. La sentencia, con la que finaliza el proceso de adjudicación de las normas jurídicas, es una norma jurídica creada por el juez. De esta manera, por justiciabilidad entendemos la posibilidad que tiene el juez para realizar juicios concretos de deber ser, creación de normas individuales o generales, teniendo como razones para sus decisiones las normas de DSE de la Constitución de 1991. Tal vez el decir que el juez cree normas universales genere demasiado escozor. En ello se profundizara más adelante. Por ahora basta con dejarlo enunciado como una posibilidad de justiciabilidad.

Continuando de la mano de Alexy, señalemos que el entender el concepto de justiciabilidad como esa posibilidad del juez de fundamentar normas jurídicas por él creadas, sentencias, con base en los DSE de la Constitución de 1991 (juicios concretos de deber ser), nos lleva no sólo a aceptar sino a tener como presupuesto, la distinción entre enunciado normativo y norma, esto es, el concepto semántico de norma jurídica. Con base en esta distinción podemos señalar que la pregunta sobre la posibilidad de creación de un discurso que defienda la justiciabilidad de estos derechos, puede formularse de la siguiente forma.

Con base en los enunciados normativos de los DSE de la Constitución de 1991, ¿puede el juez adscribir normas que constituyan razones para juicios concretos de

como principal inconveniente de una tesis material-estructural el hecho que “desde el primer momento vincula el concepto de derecho fundamental con una determinada concepción del Estado”. No creo que para este artículo un criterio de este tipo sea un inconveniente en tanto es eso lo que se busca, mostrar a estos derechos como propios de una concepción específica del Estado. Además, porque no se está haciendo lo mismo que pretende Alexy, en tanto está buscando un concepto que permita señalar que hace que un enunciado de la Ley Fundamental de Bonn sea una disposición de derecho fundamental. Esta cuestión aquí no interesa, en tanto no se busca responder ¿cuáles son los derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991? Ni tampoco, ¿son los DSE de la Constitución de 1991 derechos fundamentales?

²⁴ ALEXY, Robert. *Teoría*. p. 102.

deber ser? O por el contrario, ¿se tratará de enunciados normativos incompletos, para los que la adscripción de normas por parte del juez se necesita de la intervención de los órganos de elección democrática que los complementen? En otros términos, el problema de la justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, entendiendo por justiciabilidad lo que aquí se ha dicho, es un problema de competencias para la adscripción de normas para los enunciados normativos de DSE de la Constitución de 1991, que sirvan de razones para juicios concretos de deber ser.

Ahora bien, es este el momento de calmar los espíritus azuzados por expresiones tales como aquella manifestada hace pocas líneas, esto es, el juez crea normas de carácter general. Hemos definido que por justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, se entenderá la posibilidad para el juez de fundamentar juicios concretos de deber ser, creación de normas jurídicas, desde tales derechos. Y en este punto, conviene indicar que nuestro modelo jurídico exige una distinción entre diferentes tipos de justiciabilidad, se repite, entre diferentes maneras en que el juez realice juicios concretos de deber ser de DSE de la Constitución de 1991. Esta diferencia se establece con base en diferentes criterios: quién es el juez que realiza el juicio de deber ser, cuáles son los alcances de su decisión, o quién puede promover dicho juicio, son algunos de ellos. No todos los jueces, ni con los mismo efectos o por las mismas acciones, realizan o pueden realizar, idénticos juicios concretos de deber ser de DSE de la Constitución de 1991.

Ante ello, propongo en este ensayo, eso sí, partiendo de una terminología que no es ajena al derecho constitucional, dos formas diferentes de justiciabilidad que pueden ser planteadas como posibles para los DSE de la Constitución de 1991: (i) justiciabilidad concentrada y (ii) justiciabilidad difusa.

Por la primera de ellas, justiciabilidad concentrada, pueden entenderse aquellos juicios concretos de deber ser, cuya competencia radica exclusivamente en un solo órgano judicial. Por ello, digamos que dentro de nuestro ordenamiento, la justiciabilidad concentrada está en cabeza exclusiva de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, y se presenta cuando alguno de estos dos tribunales realiza juicios concretos de deber ser, aquel sobre la constitucionalidad de los actos que reforman la Constitución (241-1); sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente (241-2); la de los referendos sobre leyes, consultas populares o plebiscitos (241-3); sobre las leyes (241-4); los decretos con fuerza de ley (241-5); los decretos legislativos (241-7); los proyectos de ley objetados por el gobierno o los proyectos de leyes estatutarias (241-8); los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias (241-10); o este último, sobre la nulidad por inconstitucional de los decretos dictados por el gobierno nacional que no sean competencia de aquella (237-2). En todos estos casos, cuando alguno de estos dos tribunales fun-

damente o dé como razón de su decisión, a un DSE de la Constitución de 1991, nos encontraremos ante un caso de justiciabilidad concentrada de los DSE.²⁵

Por su parte, por justiciabilidad difusa, se entenderán aquellos juicios concretos de deber ser, cuya competencia está en todos los jueces de la República. Este tipo de justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, se presenta cuando cualquier juez fundamenta su decisión, la creación de la norma individual, en un DSE bien sea mediante su amparo en un proceso de tutela (artículo 86),²⁶ o mediante la inaplicación de una norma dentro de cualquier proceso de su competencia, con fundamento o aduciendo como razón, un DSE de la Constitución de 1991 (artículo 4).

Sobre esta categoría, resulta necesario hacer una precisión. El criterio que se utiliza para clasificar los juicios concretos de deber ser de DSE en justiciabilidad difusa o concentrada, lo constituye únicamente la calidad del juez que tiene competencia para realizar dichos juicios, se repite, si se trata de una competencia exclusiva en cabeza de un solo juez, o si por el contrario, la competencia corresponde a todos los jueces. Cosa distinta resulta de plantear el problema de los efectos jurídicos que tengan dichos fallos, situación que no afecta la competencia de quien los está emitiendo. Así, tanto la doctrina constitucional, el *estado de cosas inconstitucional*, como los casos en los que la Corte ha definido el efecto *inter pares* e *inter comunis* de sus fallos, son efectos de juicios concretos de deber ser

²⁵ Ejemplos de este tipo de justiciabilidad referidas a DSE de la Constitución de 1991 los encontramos en las sentencias C1433/00 y C1062/01, donde la Corte Constitucional decide sobre la exequibilidad o inexecutable de las normas de apropiación de los recursos públicos para la vigencia fiscal de los años 2000 y 2001, utilizando como razón de su decisión un DSE de la Constitución de 1991, esto es, el derecho constitucional a la remuneración del salario (25; 53). Sin embargo no son sólo los DSE de la Constitución de 1991 los que han sido objeto de este tipo de justiciabilidad, por ejemplo, en la sentencia C221/94 la Corte Constitucional decide la demanda de inconstitucionalidad presentada a una norma que tipificaba el consumo de estupefacientes, utilizando como razón de su decisión el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (16).

²⁶ Dentro de este tipo de justiciabilidad ubico las decisiones de la Corte Constitucional relativas a la revisión de las decisiones judiciales relacionadas con esta acción (241-9), puesto que así hoy se comience a hablar en nuestro medio de precedente, así López, *Teoría impura* p 448, para quien "La doctrina de precedentes, conservadora por definición, representaba en Colombia un esfuerzo para mover a los jueces de instancia hacia una comprensión posclásica del derecho. Sin ese cambio cultural era imposible lograr la aplicación dinámica y enérgica de los derechos fundamentales". La razón por la que ubico estas decisiones dentro del concepto de justiciabilidad difusa, radica en que, cuando la Corte Constitucional fundamenta un juicio concreto de deber ser en un DSE y tutela dicho derecho, no sólo existe la posibilidad, sino que vuelve obligatorio su amparo desde los demás jueces, esto es, que fundamenten de manera igual, aquellos casos que tengan hechos similares. Por ello, porque sus decisiones abren las puertas de justiciabilidad de DSE de la Constitución de 1991 para todos los jueces, es que lo enmarco dentro de ese tipo de justiciabilidad.

enmarcados dentro de la categoría de justiciabilidad difusa, en tanto mediante la acción de tutela, la posibilidad de realizar juicios concretos de deber ser de DSE de la Constitución de 1991, está en cabeza de todos los jueces de la República.²⁷

Con base en esto, debemos concluir que dentro de este ensayo justiciabilidad no es sinónimo de tutelabilidad, que ésta es sólo una forma de otras muchas posibles para que los jueces realicen juicios concretos de deber ser de DSE de la Constitución de 1991. Ahora, la pregunta será qué posición ha manejado la Corte Constitucional con base en cada una de las formas posibles de justiciabilidad, ¿tendrá el mismo discurso tratándose de justiciabilidad difusa o concentrada de DSE de la Constitución de 1991? Y si los discursos son diferentes, ¿por qué? Estas inquietudes serán abordadas en la tercera parte de este ensayo, dentro de la cual se trabajarán algunas sentencias de la Corte Constitucional.

3. DELIMITACIÓN DEL ESCENARIO

Se ha delimitado ya el punto de partida, indicando hasta dónde o desde dónde ha nacido la idea de trabajar esta problemática. A su vez, ya se han precisado los conceptos fundamentales con los que trabaja este artículo. Corresponde ahora, otro aspecto fundamental: determinar el *escenario* dentro del cual va a jugar un posible discurso de justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991.²⁸

El punto de partida formal para este contexto histórico-cultural, el telón de fondo, se señalará en 1991, cuando, mediante la promulgación de una nueva Carta Política, renació dentro de nuestro espacio la problemática de *lo social* como parte del derecho.²⁹ Así, tenemos entonces que las estructuras jurídicas, las formas con las

²⁷ Problema distinto y que queda planteado como una duda más, consiste en establecer si los fallos de tutela dictados con efectos *inter pares*, *inter comunis* o el *estado de cosas inconstitucional* es una competencia exclusiva de la Corte Constitucional en virtud del poder modulador de sus sentencias, o cualquier juez de tutela puede hacerlo en los casos concretos en que se presenten las condiciones que así lo ameriten

²⁸ Cómo ya se señaló al inicio de estas líneas, con el término *escenario* se pretende denominar el ejercicio de ubicación histórico-cultural, de determinación del contexto jurídico, político, económico y cultural en el que se desarrollará la nueva función de búsqueda de soluciones desde lo jurídico a los problemas sociales, la de la justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, equivoque

²⁹ Una problemática muy interesante pero que se sale de los límites del tema que se pretende abordar, la plantea el profesor López, *Teoría impura*, referida a sí un cambio formal significativo en las estructuras jurídicas, como el que sufrió nuestro ordenamiento político en los inicios de la década anterior, "*precede y determina el cambio en cualquier otra variable de la cultura jurídica, incluyendo la iusteoría básica compartida por una comunidad jurídica*" o contrario sensu, "*el cambio en la teoría del derecho es una función de la cultura de la comunidad y, por consiguiente, es total o parcialmente autónomo frente al cambio formal en los materiales jurídicos*". p 402.

que pueden jugar los diferentes actores de esta novela, están conformadas por las siguientes instituciones: un catálogo de derechos que consagra no sólo los DSE, desborda sino también los de tipo libertario, denominados por la doctrina como de primera generación, y los colectivos, denominados como de tercera generación; la consagración de nuestro modelo estatal como *social y democrático* de derecho; la desconfesionalización de nuestro Estado y la disolución de su vínculo exclusivo y excluyente con una institución religiosa determinada; la consagración de una base axiológica fuerte que poco a poco fue adquiriendo fuerza normativa, liderada por los principios de la dignidad humana, la libertad y la igualdad; un sistema normativo establecido jerárquicamente, con supremacía de los mandatos constitucionales, con control jurisdiccional de las actuaciones de los órganos del Estado, en cabeza de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y los demás jueces, con el establecimiento de una acción pública y general, que permite que cualquier ciudadano impugne aquellos actos, incluyendo los del legislador, que considere contrarios a la Carta; la creación de un mecanismo judicial para la protección exclusiva de algunos, determinados o determinables, derechos constitucionales, expedito y preferencial, denominado acción de tutela; la propiedad privada; la libertad económica y de empresa; y el principio de legalidad del gasto público.

Ahora, una satisfactoria construcción del escenario exige ir más allá de las simples formas jurídicas, máxime, si lo que se pretende es facilitar el proceso de delación y entendimiento de las estructuras que subyacen y vierten de contenido las discusiones *científicas* sobre lo jurídico. Por ello, considero, más que legítimo, necesario recurrir a aquellos espacios que han servido como modelos constantes para la creación de las estructuras sociales de esta, nuestra joven República, denominados *sitios de producción*.³⁰ En primer lugar, para preguntarle a su historia por aquellos datos importantes o relevantes que pueda suministrarnos sobre los antecesores de los DSE de la Constitución colombiana de 1991, y en segundo término, para que nos ilustre con sus discursos sobre la que definimos como la columna principal en la que reposa este edificio, esto es, sobre el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho.

Ante la falta de espacio para abordar el tema, y sin asumir al respecto una posición formalista y legocéntrica, se comenzará el análisis desde el momento de promulgación de nuestra norma de normas, tal vez, sugiriendo que la problemática adquiere connotaciones jurídicas desde el momento en que una norma de derecho positivo, la Constitución, positiviza diferentes instituciones que dan sustento formal a las aspiraciones de reivindicación social en un momento histórico determinado, aunque se comparta plenamente la posición de dicho autor sobre la poca importancia que tienen "*las conexiones causales "reales" entre la teoría del derecho y los materiales jurídicos positivos de una jurisdicción...*" p 403.

³⁰ Así López, *Teoría impura*.

Por supuesto, como se trata de una discusión planteada para un contexto geojurídico específico, en este punto, lo que se quiere, lejos de análisis históricos o doctrinarios de fondo, es simplemente: (i) mediante la referencia exclusiva a un momento histórico particularmente importante y a dos aspectos concretos de la discusión sobre el Estado Social, estos son, (ii) al fundamento, origen o razón de ser de dicho modelo, y (iii) a la discusión actual del tema y su futuro, encontrar los medios que sirvan para ir construyendo el escenario local que se está buscando.

Comencemos pues, rogándole a la encantadora Historia nos muestre en sus indescifrables y fascinantes páginas, aquellos momentos que puedan servirnos para la consecución de nuestro objetivo, y permitamos que sus manos nos lleven hasta la Francia revolucionaria de finales del siglo XVIII,³¹ momento importante que constituyó el inicio de una tradición jurídico-política caracterizada por la democracia representativa, la soberanía nacional, las codificaciones, y con ellas, el fetichismo legal y el mito del *legislador virtuoso*.

Como ya se indicó, este viaje será corto, por lo que la seductora invitación que constantemente nos hace esta bella dama a quienes vemos lo jurídico desde perspectivas no tradicionales, será aceptada, pero únicamente para un espacio concreto de aquella época revolucionaria, este es, el periodo comprendido entre los años 1792 y 1793. ¡Qué momento éste, de increíble convulsión política, de agitada lucha por las ideas! Durante él se llegó a la expedición de una Constitución, la denominada *Constitución Jacobina*³² y a una nueva Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la de 1793, en la cual aparecen como derechos *naturales* a la calidad del ser humano, los que denominaré como los ancestros de los actuales DSE, no presentes en la Declaración de 1789 y cuyo tenor es el siguiente:

Art. 21. La beneficencia pública es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, sea proporcionándoles trabajo, sea garantizando los medios de existencia a los que están incapacitados para trabajar.

³¹ Soy consciente de la dificultad que implica abordar la historia de la revolución francesa. Soy consciente de las diferentes interpretaciones y de las diferentes lecturas que se pueden encontrar de este acontecimiento histórico. Carlos Gaviria Díaz señala en la introducción al texto de la Universidad de Antioquia, *Libertad y Terror, la revolución francesa en imágenes y textos*, Medellín, 1989 que "El ideólogo (¿y acaso no lo es, en alguna medida, todo historiador?) nos incita a recorrer de su mano un inextricable laberinto como si se tratara de un sendero despejado y rectilíneo". A su vez Fioravanti, *Los Derechos*, p 115 indica que "En realidad la revolución ha sido para Europa un suceso tan emblemático que, de alguna manera, empuja a todos a mirarse en ella, genera la tentación de buscar en ella el origen primero de lo que se es o se quisiera ser: de la democracia, liberal o social o también socialista; de la sociedad liberal, burguesa o capitalista".

³² Así Fioravanti. *Los Derechos*. p. 67.

Art. 22. La instrucción es una necesidad para todos. La sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública y colocar la instrucción al alcance de todos los ciudadanos.

Art. 23. La garantía social consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos; esta garantía reposa en la soberanía nacional.

No interesa molestar a la inquieta musa, con interrogantes sobre la efectiva y real aplicación de estos derechos en la Francia de aquella época. Tampoco interesa la discusión presente en algunos historiadores, sobre si la consagración de estos que aquí he denominado como los ancestros de los DSE, obedeció a un renovado y efectivo deseo por buscar una efectiva igualdad de medios.³³

Por el contrario, interesa que la musa apasionada proporcione mediante los hechos, fundamentos fácticos que sirvan como sustento de la siguiente tesis: la consagración de los ancestros de los DSE dentro de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, obedeció a la necesidad real que sintió la burguesía de salvar las conquistas logradas en 1789, por medio de una fórmula que permitiera incluir a las movilizaciones populares y sus propios intereses dentro de la revolución, pero sin afectar los postulados básicos del nuevo sistema que desde 1789 suplantó al sistema feudal, y que estaban seriamente amenazados por (i) el movimiento de la izquierda radical de los sans-culottes, en busca del igualitarismo y (ii) el movimiento de la burguesía radical, los girondinos, que en su afán por frenar las arremetidas de dichas masas populares, se unieron con los contrarrevolucionarios aristócratas. Vamos a ver si esta tesis es sustentable, y si lo es, bastará como un aporte importante que este viaje histórico nos hace a la construcción de nuestro propio escenario.

Este retroceder en el tiempo nos ubica en abril de 1792. La Revolución se encuentra en un momento importante. La Gironda de manera indirecta se ha tomado el poder. En el Rey, después de su intento de huida y su captura en Varennes, no se puede confiar. Los contrarrevolucionarios continúan amenazando con invadir, y la guerra con los países extranjeros, querida y deseada por los girondinos, la aristocracia y por el Rey —María Antonieta escribía sobre los propósitos de guerra de los

³³ En contra de la idea que en 1789 concibió una igualdad de derechos que "no niega ni la desigualdad de bienes ni la jerarquía de condiciones que es el resultado de aquella". Así, por ejemplo, LEFEBVRE, George. *La revolución francesa y el imperio*. Colombia, Fondo de Cultura Económica, 1993 (en adelante Lefebvre, *La revolución*) p. 65. Puede verse en el mismo sentido a SOBOUL, Albert con textos como *La Revolución francesa*. Madrid, Ediciones Orbis, 1985, (de aquí en adelante Soboul, *La Revolución*). Esta problemática, que sin duda es fundamental para nuestros intereses sobre los actuales DSE, por la gran controversia que ha generado en los diversos historiadores o interpretes de la Revolución, no puede ser abordada en la perspectiva de lo que interesa en este artículo sobre los ancestros de los DSE.

primeros: “¡Los muy imbéciles! no se dan cuenta de que lo que hacen es servirnos a nosotros”³⁴ se inicia con la declaración hecha a Austria el día 20 de abril.

*Durante el mes de julio estuvieron llegando a París grupos armados de voluntarios de provincias o federados (...) Los federados estaban en íntimo contacto con los jacobinos y crearon su órgano, el Comité Central. Como reflejo de la decisión revolucionaria de las amplias masas populares de provincia, los federados presentaron a la Asamblea Legislativa peticiones en las que insistían en la supresión del poder del rey y en la convocatoria de una Convención Nacional, elegida democráticamente, para la revisión de la Constitución.*³⁵

Un hecho fundamental aparece en escena, poniendo en evidencia la inminencia del ataque contrarrevolucionario. Se trata del manifiesto cuya paternidad asumió el Duque de Brunswick, general del ejército de las potencias alemanas que se conoció en París en los primeros días de agosto:

Así estaban las cosas, cuando llegaron a París los marseleses, en número de quinientos, y entre ellos multitud de hombres de ánimo sumamente exaltado. (...) El manifiesto del Duque de Brunswick, que mandaba los ejércitos de Prusia y de Austria, estalló como una bomba en medio de ese pueblo delirante y llevó hasta el paroxismo la irritación.

*Ese documento era una amenaza solemne lanzada por los reyes de Europa a la Revolución francesa. En él la excitaban a someterse, y se añadía que si Francia se atrevía a resistir, la desmembrarían, reduciendo París a un montón de ruinas. Tan famoso manifiesto no sirvió más que para unir en apretado haz a los revolucionarios de todos los colores y partidos, y la Revolución comprendió que no le quedaba como alternativa, sino la victoria o la muerte.*³⁶

En la noche del 9 de agosto se tocó a rebato. Las secciones enviaron al ayuntamiento comisarios que sustituyeron a la comuna legal, es asesinado el comandante de la guardia nacional, la familia real abandona las Tullerías y se refugia en la Asamblea. El 10 de agosto dio origen al duelo mortal entre Girondinos y Montañeses. Daniel Guérin al explicar este enfrentamiento, nos proporciona elementos invaluable para sustentar nuestra tesis. “En resumen, una fracción importante de la burguesía de 1793, para servir a sus intereses particulares, llegó a traicionar los intereses generales de la revolución burguesa. La otra fracción, aquella cuyos

³⁴ Lefebvre. *La revolución*. P. 85.

³⁵ MANFRED, A. Z y SMIRNOV, N.A. Extractado del texto *Libertad y Terror*. p 233.

³⁶ Abate Drioux, en el Texto *Libertad y Terror*, p. 235.

intereses estaban vinculados con la continuación de la guerra y de la Revolución, se resignó a la ruptura. Entre dos escisiones, o con la Gironda o con los descamisados, tuvo que escoger la primera”.³⁷

Con el poder en sus manos, consolidado con la victoria de Jemappes, los Girondinos a nivel exterior se reafirmaron en su objetivo de circunscribir el conflicto con toda Europa, mientras a nivel interno iniciaban una reacción de estricto corte liberal.³⁸ Por su parte, la reacción montañesa comenzaba:

*Saint-Just en un discurso sobre las subsistencias, el 29 de noviembre de 1792, subrayó la necesidad <<de sacar al pueblo de un estado de incertidumbre y de miseria que le corrompe>>; <<podéis dar en un momento una patria al pueblo francés>>; deteniendo los estragos de la inflación, garantizándole su subsistencia, uniendo <<estrechamente su felicidad y su libertad>>*³⁹

Y, a su vez, Robespierre, en un discurso sobre los problemas del grano el 2 de diciembre, declaraba lo que se convertiría en uno de los ancestros de DSE que ya hemos señalado:

*De todos los derechos, el primero es el de existir. Por lo tanto, la primera ley social es aquella que garantiza a todos los miembros de la sociedad los medios para existir; todas las demás están subordinadas a esta.*⁴⁰

La ejecución del rey, ocurrida el 21 de enero de 1793, no le dejó a la República más salida que la victoria en la guerra contra Europa. El regicidio exaltó la fidelidad monárquica, rompió toda perspectiva de arreglo entre la revolución y sus adversarios. Inglaterra expulsa al embajador francés el 1 de febrero y al día siguiente Francia le declara la guerra. Con excepción de Suiza, Turquía y los Estados escandinavos, Francia se halló en conflicto con Europa entera. “En las luchas con su rival, Inglaterra tenía la costumbre de fomentar una coalición continental a fin de asegurarse una victoria fácil en el mar y en las colonias; esta vez, se la encontró ya hecha”.⁴¹

³⁷ GUÉRIN, Daniel. *La lucha de clases en el apogeo de la Revolución Francesa, 1793 – 1795*. Madrid, Alianza Editorial, 1974. (En adelante Guérin, *La lucha de clases...*)

³⁸ El 8 de diciembre restablecieron la libertad de comercio de granos, abandonaron las obras de construcción de fortificaciones y los talleres de armamentos y equipo que daban trabajo a los desocupados. Uno de sus máximos representantes escribía que “los desorganizadores son aquellos que quieren nivelarlo todo: propiedades, bienestar, precio de los productos, diversos servicios a prestar a la sociedad” Soboul, *La Revolución*, p 80.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Lefebvre. *La revolución*. p. 100.

La revolución pasa por un grave peligro. A nivel exterior Bélgica y las ciudades francesas de Condé y Valenciennes son sitiadas por el ejército austriaco, al que se ha unido el francés Dumouriez traicionando la revolución, mientras los prusianos franquean el Rin y obligan a los franceses a retroceder. Por su parte, en el interior, la contrarrevolución sigue su curso. Esto provoca una situación fundamental, tal vez el que estamos buscando para que nos sustente nuestra tesis: Temerosos por la Traición de Dumouriez y exasperados por la guerra civil, la Llanura o Pantano, burgueses de 1789 que detestaban la violencia y querían la libertad económica, por lo cual se inclinaban naturalmente hacía la Gironda, comienzan a apoyar poco a poco las medidas de excepción preconizadas por la Montaña para salvar la revolución: los comités de vigilancia, agravación y codificación de las leyes contra los refractarios y contra los emigrados, el tribunal revolucionario.

En palabras de Lefebvre, la solución una vez más llegó de los sans-culottes, quienes “querían restablecer la unidad en la Convención expulsando de ella a los Girondinos”. Sin embargo, para arrastrar a las masas, además de la política, se necesitaba algo más:

El asignado bajaba a ojos vistas y los precios subían tan rápidamente que los salarios no los seguían ya. Desde noviembre, los leñadores y los vidrieros del Perche habían bajado a Beauce para imponer la regulación de los precios; en febrero se habían saqueado las tiendas de comestibles de París; las poblaciones, enloquecidas, paralizaban completamente la circulación de granos. Los jefes populares —particularmente los “rabiosos”— reclamaban pues el “máximum” de los víveres, la requisición de los granos, auxilios para los pobres y para las familias de los soldados; un ejército revolucionario que les asegurase la autoridad y diese, a la vez, trabajo a los desocupados; finalmente impuestos sobre los ricos que procurarian los recursos necesarios.⁴²

Luego de expulsar a los girondinos, la convención pasa a ser dirigida por los montañeses, pero queda entre dos fuegos: “Mientras la contrarrevolución recibía un nuevo impulso de la revuelta federalista, el movimiento popular, exasperado por la carestía y la escasez, aumentaba su presión”.⁴³ Para finalizar este viaje en la historia bastará mirar cuales eran las reivindicaciones exigidas por el pueblo francés y hasta qué punto ponían en peligro los triunfos que la burguesía había conseguido desde 1789:

(...)El igualitarismo constituye la característica esencial: las condiciones de existencia deben ser las mismas para todos. Al derecho total de propiedad,

⁴² Lefebvre. *La revolución* p. 103.

⁴³ Soboul. *La Revolución*, p. 83.

generador de desigualdad, los sans-culottes oponen el principio de la igualdad de posesiones. De ahí llegan con toda facilidad a la crítica del libre derecho de propiedad. El propio derecho jamás es cuestionado: pero los sans-culottes, que son pequeños productores independientes, lo fundamentan en el trabajo personal. A quienes atacan es a los ricos y a los altos personajes. El 2 de septiembre de 1793, en el paroxismo del empuje popular, la sección de los sans-culottes, delante del Jardín des Plantes, pide a la Convención no solamente que fije <<los beneficios de la industria y los del comercio>> mediante la tasación general, sino también que imponga un máximo a las fortunas y <<que el mismo individuo solamente pueda poseer un máximo>>. ¿Cuál sería este? Correspondería a la pequeña propiedad artesanal y tendera: <<Que nadie pueda tener más de un taller, una tienda>>. Estas medidas radicales, <<harían desaparecer poco a poco la desigualdad demasiado grande de las fortunas y crecer el número de propietarios>>. En ningún otro momento de la Revolución encontramos una formulación tan clara del ideal social popular: ideal a la medida de los artesanos y tenderos que componían los cuadros de la sans-culotterie(...) Ideal, en fin, que en su voluntad por limitar las consecuencias de la propiedad privada manteniéndola, se oponía profundamente al de la burguesía que dirigía la Revolución.⁴⁴

De esta manera, en medio de esta masa amorfa de enemigos-amigos, nace la declaración de derechos el 24 de junio de 1793 que incluye los ancestros de los DSE.

La Montaña, colocada entre la vanguardia, que quería resolver de forma plebeya los problemas de la revolución burguesa, y una fracción de la burguesía, que, por odio de clase, prefería volver la espalda a la Revolución antes que dar la mano a los descamisados, no vaciló: (...) En marzo de 1793, Robespierre sólo vio un medio de prevenir los desórdenes amenazadores: el de <<aliviar la miseria pública>>. Jeanbon, Saint André y Elie Lacoste condensaron dicha opinión en una fórmula breve y sorprendente: <<Es absolutamente necesario que permitáis vivir al pueblo, si queréis que os ayude a consumir la Revolución>>.⁴⁵

En este punto, considero completamente sustentada la tesis sobre la aparición de tales derechos. En conclusión, rescatemos para nuestro escenario el hecho de que cuando la existencia de la república francesa y del futuro de la revolución se encontraban seriamente amenazados por (i) la derecha de la burguesía radical, los girondinos, atemorizados por las movilizaciones populares y unidos con los contrarrevolucionarios aristócratas y (ii) por la izquierda radical de los Sans Culottes,

⁴⁴ Soboul. *La Revolución*. p. 87 y ss.

⁴⁵ Guérin, *La lucha de clases*.

desesperados por la hambruna y amenazantes en su camino hacia el igualitarismo, obligaron, en aras de salvar la Revolución y con ella, las conquistas logradas en 1789, a buscar una fórmula que permitiera incluir a las movilizaciones populares y sus luchas dentro de ella. Eso sí, sin afectar los postulados básicos del nuevo sistema, el capitalista, y una de ellas fue precisamente, la consagración de los ancestros de los DSE dentro de la declaración de los derechos del hombre. Fin del viaje en la historia.

Continuando con el orden establecido para la delimitación del *escenario*, se pasa ahora al segundo ejercicio propuesto, se repite, preguntarle a los contextos de producción del actual Estado Social y Democrático de Derecho qué elementos pueden aportar para nuestro objetivo. Se utilizará como fuente algunos discursos sobre el fundamento, origen o razón de ser de dicha forma de organización política. Desde luego, será igualmente válido interrogarlos por una posible relación o similitud entre el aporte que hemos recibido de los ancestros de los DSE y la positivización, en las constituciones del Estado Social de Derecho, de los protagonistas de este artículo, similitud que no tengo ninguna duda, no será nada nuevo.

Comencemos indicando que las razones de la aparición histórica del Estado Social y Democrático de Derecho, en adelante ESD, y con ello, su razón de ser y la fundamentación de su existencia, lejos de ser una discusión pacífica y tranquila, ha sido interpretada por centenares de autores europeos, desde diferentes puntos de vista. Para efectos del artículo basta con mencionar los siguientes: (i) una concepción apologista que concibe al ESD, y con él, a la positivización en los textos constitucionales de los DSE, como una auténtica conquista histórica, "tal vez la conquista más importante de la civilización jurídica y política del siglo pasado";⁴⁶ (ii) una interpretación insatisfecha, que sostiene que esta institución a pesar de ser una conquista histórica y constituir "un paso adelante de carácter positivo con respecto a los Estados liberales (de los cuales directamente procede) [y] con respecto a los Estados totalitarios negadores de todo Estado de Derecho";⁴⁷ por su relación con el sistema de producción neocapitalista, se queda corta en el proceso de democratización de la sociedad, y, finalmente, (iii) una interpretación descriptiva que simplemente define el nacimiento del ESD como "un intento de salvar al capitalismo sin salir de la democracia, en contra de las dos soluciones opuestas existen-

⁴⁶ Véase a Luigui Ferrajoli en el prólogo al texto de ABRAMOVICH Victor y COURTIS Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002. p. 9. (En adelante Abramovich, *Los derechos sociales*).

⁴⁷ Véase DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid, Editorial Taurus, 1983. p. 91 y ss. (En adelante, Díaz, *Estado de Derecho*).

tes: la de abatir al capitalismo sacrificando la democracia (práctica leninista) y la de abatir a la democracia para salvar al capitalismo (fascismo)".⁴⁸

No sólo por ser compatible con las visiones apologistas o insatisfechas, ni porque con ella se evita, en lo posible, tomar partido mediante juicios de valor sobre el modelo, sino porque de manera increíble permite un encuentro con lo que se ha recordado de los ancestros de los DSE, me limitaré a recibir los elementos suministrados por la tercera interpretación. Con ella, entendemos que el nacimiento del ESD y de las constituciones que consagraron dentro de sus textos DSE, obedeció a la necesidad de asegurar la pervivencia de un sistema económico que como el capitalista, sintió la amenaza de múltiples inconformismos y agitaciones sociales, y que provocó en los capitalistas europeos un temor "reforzado dramáticamente por el advenimiento de la Rusia soviética, el mismo pánico que le obsesionara durante la Revolución francesa".⁴⁹ La solución, la creación de un modelo alterno que sin afectar los postulados básicos del sistema, propiedad privada y libre mercado, permitiera, aligerar y disminuir las tensiones sociales, proporcionando una respuesta a una cantidad de inconformidades materiales que el modelo liberal formal del Estado de Derecho dejaba sin resolver, y garantizando, igualmente, la pervivencia de la forma de gobierno democrática, amenazada por la respuesta totalitaria que cierta burguesía radical, en determinados contextos geográficos, Italia, Alemania, España, dio mediante "la destrucción de las ideas e instituciones liberales en beneficio de los que poseen los instrumentos del poder económico".⁵⁰ Final del segundo ejercicio.

Es importante en este punto, hacer una pausa y retomar los aportes que con estos dos ejercicios se han encontrado como puntos fundamentales para la construcción del escenario que estamos buscando. Cuestión que iniciamos de inmediato.

En primer lugar, creo que no puede pasar inadvertido que tanto los ancestros, como los DSE de las constituciones actuales derivados de la aparición histórica del ESD, tienen en común el hecho de que hacen parte de la respuesta institucional que se dio a circunstancias reales de peligro que amenazaban los intereses de ciertos sectores privilegiados de la sociedad. Frente a esto, nacen inevitables interrogantes para la construcción de este escenario, específicamente, cuando se plantean las circunstancias concretas en las cuales se generó la aparición formal de la figura del ESD en nuestro país dentro de la Carta de 1991 y con ella, de los DSE por los que estamos indagando sus posibilidades de justiciabilidad. ¿Su consa-

⁴⁸ Véase BOBBIO, Norberto *El futuro de la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 138. (En adelante Bobbio, *El futuro*).

⁴⁹ LASKI, Harold J., citado en Díaz. *Estado de Derecho*. p. 50.

⁵⁰ Ídem.

gración habrá obedecido a una amenaza real para nuestras estructuras de tal envergadura que hizo necesaria la institucionalización de las respuestas a las insatisfacciones sociales?, ¿se trató de una respuesta defensiva para garantizar la pervivencia amenazada de las instituciones democráticas?, ó, por el contrario, ¿estaremos ante una copia más de instituciones jurídicas de "sitios de producción" de las que desconocemos su contexto? y si es así, ¿podría concluirse que la realización plena del modelo del ESD halló en nuestra cultura las puertas, que en sus sitios de origen abrieron las circunstancias históricas, completamente cerradas y con gran hostilidad para abrirlas por parte de quienes sin estar amenazados, no han sentido la necesidad de desarrollar materialmente sus postulados?

Como ya se expresó, en este artículo probablemente queden más preguntas que respuestas, pero tal vez, en este punto, nos encontremos frente a una dificultad real que el escenario que estamos construyendo impone a quienes pretenden defender un discurso que sustente la justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991. No debe olvidarse que el objetivo de este artículo es preguntar por las posibilidades de construcción teórica de un discurso de justiciabilidad, para el cual, pueden no parecer importantes las condiciones reales de aplicación efectiva, pero que sin embargo, por la perspectiva que de lo jurídico tiene quien escribe estas líneas, este tipo de circunstancias que podemos denominar como dificultades fácticas, indudablemente son consideradas como parte del juego y como piezas fundamentales, no sólo de la posibilidad de aplicación de un discurso, sino, incluso, de las posibilidades de construcción del mismo.⁵¹

En segundo lugar, y partiendo nuevamente de la declaración de los DSE como respuestas institucionales ante circunstancias de peligro, se hace necesario entender que al nacer precisamente con el fin de salvaguardar los intereses que se encuentran amenazados, las conquistas logradas por la burguesía en 1789, o el

⁵¹ Como se expresó desde el inicio, aquí se trata de una aproximación teórica inicial al problema de los DSE de la Constitución de 1991, en la que las dudas e inquietudes que se expresan a manera de hipótesis, constituyen una invitación a futuros escritos. La inquietud concreta que queda planteada en este párrafo invita a un estudio sobre la historia de los derechos sociales y económicos en nuestro país. La Constitución de Vélez de 1853 o las reformas sociales de 1936, por ejemplo. A título de degustación, en relación con el contexto en que nacieron las reformas de 1936, Gabriel Ricardo Nemoga, *Concepto Social y político de las transformaciones institucionales de la administración de justicia en Colombia*, sostiene que: "La política laboral de la administración de Enrique Olaya Herrera (1930-1934) reflejó los efectos producidos por la gran depresión. La crisis mundial provocó la caída del precio y del volumen de las exportaciones cafeteras (...) (e)l principal aliado que la naciente burguesía industrial necesitaba ganar, no sólo para conseguir ascender y consolidarse como clase dominante en el poder político, sino también para expandir y consolidar su industria, era principalmente la clase obrera y trabajadora del país. La política laboral debía contribuir al proyecto de industrialización." En *EL caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Santafé de Bogotá, 2001, Tomo I. P. 219.

sistema capitalista y las instituciones democráticas del siglo XX, no se puede pretender extender las instituciones que surgen como respuesta defensiva, como instrumentos que se vuelvan en su contra. Por ello, constituye una característica fundamental del escenario que estamos buscando, la exigencia según la cual cualquier intento de construcción de un discurso jurídico de justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, esta restringido al marco específico de una economía capitalista, esto es, no puede desbordar las fronteras que imponen instituciones básicas como la propiedad privada, la libertad económica y las leyes del libre mercado, de la oferta y la demanda, pues hacerlo, constituiría un cambio de escenario, de la misma forma como un escenario distinto es aquel propio de la doctrina de *el laissez faire, laissez passer*. Por supuesto, los límites, restricciones o incompatibilidades que se impongan entre las diversas figuras, serán el tema específico que tendrá que resolver dicho discurso iusteórico.

En tercer lugar, y con base en lo anterior, considero que los discursos que defiendan la justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, se encuentran limitados y deben tener como presupuesto filosófico fundamental, como parte insoslayable del escenario, acorde con el contexto político que determinó su aparición, una visión individualista de la sociedad y de la historia, puesto que una visión diferente, organicista por ejemplo, iría en contra de los postulados liberales básicos y con ellos se desbordarían los límites que el nacimiento histórico de la figura del ESD nos muestra como propios.

Y finalmente, en cuarto lugar, puede afirmarse en este punto, que un discurso de la justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, no es aquel que pretende institucionalizar un sistema social basado en la filantropía y la unión fraterna de los seres humanos, es decir, construir un escenario denominado por algunos de sus críticos como Estado filantrópico o altruista. Por el contrario, partiendo de una concepción individualista de la sociedad y de la historia, este escenario pretende encontrar las condiciones en las cuales, el individuo no vea amenazada su realización personal con la institución forzosa de regímenes contrarios. En otras palabras, este escenario lejos de ser incompatible con aquellas posturas que señalan al egoísmo como inmanente a la naturaleza humana, puede catalogarse como un intento por racionalizar dicho egoísmo, es decir, crear las condiciones para que muchos más hombres puedan desarrollarlo dentro de un marco social libre de amenazas.⁵²

⁵² Utilizar el término *egoísmo* no significa que se este haciendo un juicio de valor negativo sobre el surgimiento histórico de esta institución. En ningún momento se pretende decir que el hombre no sea, *no deba, o no pueda* ser egoísta, ni que el llamado al altruismo y a la filantropía sea una condición de legitimidad de un modelo de Estado, o que aquel Estado que convierta a un hombre *bueno por naturaleza* en malo y egoísta sea ilegítimo o despótico. En ningún momento se pretende decir filantropía = bueno, egoísmo = malo. Su utilización va encaminada más bien, a

Al inicio de esta delimitación, señalé que acudiríamos a otros escenarios, en primer lugar para que mediante un pequeño viaje en su historia localizáramos los ancestros de los DSE, y permitir que nos aportaran elementos para la construcción del nuestro. En segundo término, para preguntarles por los orígenes, fundamentos y razón de ser del ESD y con él de las constituciones que consagran DSE. Corresponde ahora, preguntarle a esos mismos escenarios sobre el estado actual de la discusión acerca del presente y futuro de dicho modelo de Estado.

Constituye un hecho de la mayor relevancia que desde la década de los setenta, se viene presentando en los escenarios europeos y norteamericanos un resurgir del pensamiento liberal puro, esto es, de la concepción de indisolubilidad entre el liberalismo político y el liberalismo económico, de la doctrina del Estado mínimo, de la doctrina que pregona que *“el Estado es un mal necesario, pero es un mal”*,⁵³ de la concepción del Estado Liberal, cuya antítesis *“es el Estado paternalista que cuida a los súbditos como si fueran menores de edad, y prevé su felicidad”*⁵⁴ Situación que ha llevado a la crisis mundial del modelo del ESD y a un desmonte sistemático de sus instituciones, *“tras la victoria planetaria de la economía de mercado (donde) las tensiones entre las reglas de funcionamiento de los dos subsistemas —el de la política (welfarista) y el del mercado global— tienden a hacerse cada vez más agudas, y (donde) los derechos sociales corren el riesgo de ser, cada vez, menos eficaces”*.⁵⁵

Atendiendo a ello, podemos decir que en la novela que se desarrolla en los *sitios de producción*, ha entrado en escena un nuevo actor. Un nuevo contendor que se une al juego de las ideas jurídico-políticas contemporáneas, bien sea entendiéndole desde *la categoría historiográfica de la restauración*,⁵⁶ o interpretándole como una *tercera fase*⁵⁷ evolutiva. Lo importante es que aparece en escena directamente como el rival teórico-político del ESD, que renace o nace, como el antagonista natural de ese modelo adoptado por la mayoría de países democráticos europeos después de las post guerras del siglo anterior y establece una lucha cerrada por acabar con los *“errores”* del intervencionismo estatal. Esta nueva lucha es descrita por Bobbio de la siguiente manera:

generar un debate teórico con aquellos que hoy dibujan al Estado que interviene en los procesos económicos como un Estado altruista y filantrópico y pretenden esconder las razones históricas por las que nació dicho modelo.

⁵³ Ver Bobbio. *El futuro*. p. 134.

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ Danilo Solo, en FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p 95 (en adelante Ferrajoli, *Los fundamentos*)

⁵⁶ Ver Bobbio. *El futuro*. p. 133

⁵⁷ Ídem

*Desde hace algunos años es el liberalismo económico, o librecambismo, el que ha levantado de nuevo la cabeza. Su contrincante no es tanto el colectivismo de los países en los que los partidos comunistas tomaron el poder; como el Estado benefactor, es decir, el experimento socialdemócrata. Los vicios que normalmente eran atribuidos a los Estados absolutistas — burocratización, pérdida de las libertades personales, desperdicio de recursos, mala conducción económica— son ahora atribuidos a los gobiernos que adoptaron políticas de tipo socialdemócratas o laboristas. Quien todavía cree poder contraponer un socialismo bueno a uno malo debería, de acuerdo con los neoliberales, retractarse. Todo lo que huele, incluso lejanamente, a socialismo, aun en su forma más atenuada (y que los socialistas consideran no-socialista) apesta y debe tirarse a la basura.*⁵⁸

Y más adelante,

El Estado mínimo surgió contra el Estado paternalista de los príncipes reformadores; el Estado mínimo hoy es propuesto de nueva cuenta contra el Estado benefactor, que es criticado porque reduce al ciudadano libre a súbdito protegido, en una palabra contra las nuevas formas de paternalismo... donde el Estado paternalista de hoy no es la creación del príncipe iluminado, sino de los gobiernos democráticos”.⁵⁹

Por supuesto, los DSE hacen parte de lo que huele al socialismo democrático del ESD. Por supuesto, nuevamente nos encontramos con un punto trascendental dentro de la limitación histórico-política del problema en nuestro país, este es, la aparición casi simultánea en la década anterior de dos corrientes, que al menos, en sus escenarios de origen, son políticamente excluyentes, (i) el modelo del ESD formalizado mediante una Carta Política con las características formales ya señaladas, todo ello respaldado por un cambio generacional y con él intelectual, de nuevos juristas cansados de la soberana y dominante tradición formalista y legocéntrica, mediante el impulso del denominado *“nuevo derecho”* y, por otra parte, (ii) la en-

⁵⁸ Bobbio. *El futuro*. p. 131. De manera clara el autor continua señalando: *“frente a una ofensiva como ésta, el mayor ataque lo sufre el socialdemócrata, quien, luego del fracaso que sufrió el colectivismo integral, creía que podía defenderse con buenos argumentos de las embestidas de la izquierda, rechazando la acusación de haber renunciado a perseguir el objetivo fundamental de una sociedad socialista y de haber aceptado un modus vivendi con el capitalismo. Hoy, el ataque más insidioso proviene de la derecha, para la que también el Estado benefactor estaría al borde del fracaso, si es que no ha fracasado ya, y caminando por la vía que conduce al totalitarismo, a pesar de sus pretensiones de no haber cedido a los coqueteos de la solución rápida de las dictaduras, como hizo el comunismo, hermano enemigo. De esta manera el socialdemócrata está entre dos fuegos. Frecuentemente le sucede lo mismo al que quiere poner de acuerdo a dos contendientes y los hace enojar.”* (negrilla fuera del texto.) p. 131

⁵⁹ *Ibid.* p. 135.

trada de nuestro país en la tendencia económica mundial del libre mercado, la globalización, los tratados de libre comercio con nuestros padres del norte, etc. Es decir, el encuentro y nacimiento simultáneo en nuestra cultura de dos modelos que en sus orígenes son antagónicos, el ESD y el neoliberalismo.

Ante ello, debemos en este punto hacernos una pregunta que será fundamental para la construcción de nuestro *escenario*, en los siguientes términos: ¿una construcción dogmática de justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991 depende y está limitada por las posibilidades *científicas* de adaptación de dos posiciones políticamente antagónicas, se repite, el modelo de ESD y la arremetida del liberalismo económico puro?

En mi opinión, la confrontación que en los países de origen se ha desarrollado en los últimos tiempos, no puede indicarnos que en nuestro contexto, la tarea de quienes pretendan fundamentar un discurso de justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, consista en realizar una fundamentación racional que haga compatibles ambos discursos, algo que desde lo político puede resultar imposible, pero que para muchos sería una tarea propia de la *ciencia jurídica*. Por el contrario, esta constatación, debe servirnos simplemente para subrayar, como un hecho de la total relevancia, que en nuestro contexto los DSE de la Constitución de 1991 han nacido como derechos constitucionales con probable fuerza normativa, cuando su némesis natural, la importación de los discursos del mercado global y del desmonte del *welfare state*, también se comienzan a afianzar y quizás con mayor fuerza, como parte del escenario.

Y, es un hecho de la total relevancia, puesto que nos permite canalizar el foco de la discusión sobre la justiciabilidad de los DSE, dentro de dos modelos políticos que están en juego desde la promulgación misma de la Constitución de 1991, desde el nacimiento mismo de los DSE como normas constitucionales positivas. Atención, no sólo como fuerzas políticas que se enfrentan dentro de los escenarios de debate democrático, sino, más importante aún, en el interior de lo jurídico, como parámetros interpretativos y de creación de normas jurídicas desde el propio texto constitucional. Ellos son, (i) un modelo del nuevo liberalismo, que defiende la indisolubilidad del liberalismo económico y político, que pugna por la incursión en el libre mercado, en la privatización de lo público y en el desmonte del Estado como interventor en el proceso económico. Lo económico hace parte de la esfera individual infranqueable por el Estado, que vende la idea de que es el mercado el que soluciona los problemas sociales, y (ii) un modelo social que busca la reivindicación de las necesidades sociales latentes e insatisfechas en el estado actual de cosas, desde el Estado, desde lo jurídico.

Esta construcción del *escenario* finalizará con la denominación conceptual de estas fuerzas encontradas en la nueva escena de esta novela, eso sí, acudiendo nue-

vamente al lenguaje alexiano. Cuando estas dos fuerzas se encuentren en las tablas de lo jurídico, a la primera la denominaré como la *teoría unipuntual clasicista*⁶⁰ de los DSE de la Constitución de 1991, mientras que la segunda será la *teoría unipuntual del Estado Social de Derecho*.

Son estas las dos teorías *unipuntuales* que están en escena. Es este el escenario dentro del cual se desarrolla la batalla por la justiciabilidad de los DSE y es aquí a donde necesariamente se llega cuando un juez en un caso concreto de justiciabilidad, llámese difusa o concentrada, toma partido político. Por supuesto, la idea de evitar el riesgo de una decisión política del operador jurídico, toma forma no solo mediante la solidificación de una cultura lo bastante arraigada ya en los escenarios de lo jurídico, el académico y el práctico, como lo es el *clasicismo*, sino mediante reformas y contrarreformas jurídicas de alcance constitucional que en apariencia, y como remedio formalista, aten las manos del juez y den mayor fuerza a la cultura referida.⁶¹

4. A LO NO NUEVO

Las ideas finales del presente escrito, serán abordadas en dos partes. El fin, profundizar en las dudas que han venido surgiendo a lo largo de este proceso de precisión de conceptos, de delación de preferencias *iusteóricas* y de teorías *unipuntuales* que se esconden detrás de la discusión por la justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, de tal manera que puedan ser expresadas en forma de *hipótesis* para desarrollar en futuros escritos sobre lo *no nuevo*. La primera parte servirá para formular una hipótesis *básica*, en relación con el problema de la justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991. En la segunda parte se formulará una hipótesis *jurídico positiva*, que podría constituir la base para un discurso jurídico que defienda la justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, y que tenga como punto de partida la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, *lo nuevo*. A lo primero pasamos de inmediato.

⁶⁰ Este término lo utilizo en el sentido de López, *Teoría impura*, es decir, en el sentido en que dicho autor denomina a nuestra concepción *iusteórica* tradicional como *clasicismo*, con sus postulados jurídicos y con los fines y objetivos políticos que en ella se esconden.

⁶¹ Me refiero a los intentos de reforma constitucional de 2002 y 2003 que han tenido como su principal objetivo la reducción de la acción de tutela para la protección exclusiva de los derechos libertarios (justiciabilidad difusa) y la limitación de las competencias de la Corte Constitucional en los aspectos económicos como el tributario (justiciabilidad concentrada).

4.1. Una Hipótesis Básica

El lector recordará cómo, en medio de la delimitación del concepto de justiciabilidad, surgió la idea de entender el problema de los juicios concretos de deber ser de los DSE de la Constitución de 1991, como un problema de competencias para la adscripción de normas jurídicas a los enunciados de DSE. Competencia del juez para utilizarlos como razones en el proceso de creación de normas, mediante la adscripción de normas a los enunciados de DSE, o, competencia absoluta de los órganos de elección democrática, para que una vez sean ellos quienes con su necesaria intervención, adscriban las normas respectivas, pueda aquel utilizarlas como razones en el proceso de adjudicación.

Es esta, precisamente, la idea que puede recogerse a continuación, en la forma que he denominado como mi *hipótesis básica*: el problema de la justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991 es un problema de desconcentración del poder político.

Desde esta hipótesis básica, se podrá advertir que las posibilidades de triunfo de un discurso que defienda la justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, dependerán entonces, de la voluntad para concebir un modelo de Estado en el que el poder político deje de ser un monopolio exclusivo de unas cuantas manos.

A continuación, paso a analizar algunas sentencias de la Corte Constitucional. El objeto, observar algunos casos concretos de justiciabilidad de un DSE específico de la Constitución de 1991, el derecho a la remuneración mínima vital y móvil del trabajo. El ejercicio consistirá en lo siguiente. A los juicios concretos de deber ser, les preguntaré si por motivos de competencia, de concentración del poder político, este derecho puede constituir de la misma manera, dentro de los casos de justiciabilidad difusa y de justiciabilidad concentrada, razones para la creación de normas jurídicas. Para ello se utilizará como método, el análisis de las normas adscritas dentro de cada uno de los fallos.

El enunciado normativo del DSE a la remuneración mínima vital y móvil del trabajo derecho lo encontramos en el artículo 53 de la Constitución política en los siguientes términos:

- (1) El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales (...) Remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo.

Este enunciado, para trabajar en el lenguaje de Alexy, esto es, bajo un operador triádico, expresa la siguiente norma

- (1') Los trabajadores tienen el derecho frente a sus patronos a una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo.

En los casos de justiciabilidad concentrada la Corte Constitucional, en sendos juicios concretos de deber ser, ha sostenido la justiciabilidad de este DSE de la Constitución de 1991 mediante la adscripción de las siguientes normas.⁶²

En la sentencia C1433/00:

- (2) Todos los trabajadores tienen frente al Estado el derecho de conservar el poder adquisitivo del salario y de obtener su incremento periódico.⁶³

O expresado desde el punto de vista del deber,

- (2') El Estado tiene el deber frente a todos los trabajadores, de garantizar el incremento periódico de su salario para asegurarles el poder adquisitivo del mismo.

Desde esta norma, adscribe la siguiente prohibición:

- (3) Está constitucionalmente prohibido para todo patrono, establecer incrementos salariales únicamente en el nivel mínimo y dejar de hacerlo indefinidamente en los distintos periodos anuales para los trabajadores que devengan más de un salario.

Y establece que:

- (4) El cumplimiento de este deber únicamente se logra, aumentando los salarios de forma anual y en un porcentaje no inferior al monto de la inflación del año anterior.

Luego de adscribir estas normas, la Corte señala que cuando el Estado es el empleador, esto es, en los casos en los que el deber de realizar una acción positiva fáctica se radica en su cabeza,

- (5) Todos los trabajadores públicos tienen el derecho a que el Estado les aumente de manera anual su salario, en un porcentaje no inferior al monto de la inflación causada en el año inmediatamente anterior.

⁶² Debe tenerse en cuenta que en los dos casos concretos de deber ser que se citan a continuación, sentencias C 1433/00 y sentencia C 1064/01, así la Corte llegue a decisiones opuestas, inexistencia de la omisión de apropiar los recursos necesarios para el ajuste salarial de todos los servidores públicos para el año 2000, en la primera, mientras en la segunda declara la inexistencia de la ley de apropiaciones para el año 2001, lo relevante es que se trata de justiciabilidad concentrada de DSE de la Constitución de 1991, en tanto que en ambos casos la decisión de la Corte utiliza como razón al DSE de la remuneración mínima, vital y móvil del trabajo.

⁶³ Recuérdese que este DSE de la Constitución de 1991 implica un derecho a una acción positiva fáctica si el empleador es el Estado, o a una acción positiva normativa del Estado en los casos en los que el empleador sea un particular. Ver infra concepto de DSE de la Constitución de 1991.

A su vez, en la sentencia C 1064/01, luego de adscribir la misma norma referida en (2), se repite:

- (2) Todos los trabajadores tienen frente al Estado el derecho de conservar el poder adquisitivo del salario y de obtener su incremento periódico,

la Corte adscribe las siguientes normas de DSE haciendo una distinción entre los titulares del derecho, donde (p\$) representará el promedio ponderado de los salarios de todos los servidores públicos, (SP1) representará aquellos servidores públicos que devengan un salario inferior al promedio de todos los empleados del Estado y (SP2) un salario superior a dicho promedio.

- (6) (SP1) tienen un derecho no limitable a que anualmente se aumente su salario, con base en los índices de la inflación causada en el año anterior.
- (6') El Estado tiene el deber de aumentar a (SP1) su salario con base en los índices de la inflación causada en el año anterior.
- (7) (SP2) tienen el derecho a que se aumente su salario anualmente, aunque dicho incremento puede ser inferior a los índices de inflación causada en el año anterior.
- (7') (SP2) tienen derecho a un incremento anual en sus salarios, proporcionalmente mayor en la medida en que están en las escalas salariales más cercanas a (p\$).
- (7») (SP2) tienen derecho a un incremento anual en sus salarios, proporcionalmente menor en la medida en que suben en la escala salarial y se alejan de (p\$).

Por su parte, en los casos de justiciabilidad difusa de este DSE de la Constitución de 1991, la cosa ha sido diferente. En efecto, como puede observarse en el análisis de las normas adscriptas en sendos juicios concretos de deber ser, pertenecientes a esta categoría de justiciabilidad, sentencias SU 1052/00 y T 313/01, la Corte Constitucional ha cerrado la posibilidad para que cualquier juez utilice como razón en el proceso de creación de normas, el derecho a la remuneración mínima vital y móvil del trabajo. Veamos:

Comienza la Corte adscribiendo al enunciado normativo del artículo 53 de la Constitución de 1991, la siguiente norma:

- (8) Los trabajadores y quienes de ellos dependen tienen un derecho a que el salario no permanezca estático ni pierda su poder adquisitivo.

El correlativo deber de este derecho, puede formularse de la siguiente manera:

- (8') El Estado como empleador tiene el deber de aumentar el salario de sus trabajadores para evitar que este pierda su poder adquisitivo.

Reconoce la Corte entonces que el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo del salario está consagrado en la Carta, se repite, adscripto al enunciado normativo del artículo 53. Sin embargo, la posibilidad para que este DSE de la Constitución de 1991, actúe como razón para la creación de normas jurídicas mediante juicios concretos de justiciabilidad difusa, se ve rápidamente negada, mediante la adscripción de las siguientes normas al principio de legalidad del gasto público, artículos 345 y 347 de la Carta Política.

- (9) No se puede crear una obligación, ni tampoco ordenar un gasto sin que se cuente con la respectiva disponibilidad presupuestal.
- (10) El gobierno nacional en ejercicio de su poder de formulación y aplicación de la política económica y fiscal, tiene la competencia para decidir si aumenta el salario de los servidores públicos.
- (10') EL juez constitucional no tiene competencia para ordenar el gasto público.
- (10'') El juez Constitucional no tiene competencia para ordenar, ni para decidir, si aumenta el salario de los servidores públicos.

La enunciación de esta norma adscripta, la desarrolla mejor la Corte en la sentencia SU 1052/00, advirtiendo que dentro de este juicio de deber ser, se le da la categoría de *regla* de legalidad del gasto, regla que es un desarrollo del principio de legalidad ya referido. Esta norma adscripta por el fallador y catalogada directamente como regla, cambiando el término *impide*,⁶⁴ por el operador deóntico de prohibición, puede formularse así:

- (11) Esta prohibido para el juez constitucional crear la obligación para el Estado de reajustar el salario de los servidores públicos.

Después de adscribir esta *regla* no queda otra conclusión posible por parte de la Corte que la siguiente norma en la que se puede resumir los mandatos emitidos en estas dos sentencias:

- (12) Así los servidores públicos tengan el derecho constitucional a que el salario no permanezca estático ni pierda su poder adquisitivo (8) y así el Estado

⁶⁴ La Corte establece textualmente: "Esta regla impide al juez constitucional la posibilidad de crear la obligación para el Estado de reajustar el salario". Considero que siguiendo las reglas de la lógica deóntica, donde lo prohibido *Fp* es lo lógicamente contrario a lo mandado *Op* y a lo permitido *Pp*, es perfectamente posible expresar lo *no admitido* bajo el operador deóntico *prohibido*. Para ver el desarrollo de la lógica deóntica dentro del discurso de los derechos fundamentales, remito a Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, 1993. p. 199 y ss. (De aquí en adelante Alexy, *Teoría*).

tenga, como empleador, el deber de aumentar el salario de sus trabajadores (8') para el juez de tutela está prohibido ordenar el cumplimiento de ese deber (10).

Como vemos, la respuesta de la Corte Constitucional es clara. En los casos de justiciabilidad concentrada del DSE a la remuneración mínima, vital y móvil del salario, el juez constitucional tiene competencias para adscribir normas de este derecho que pueden ser por él utilizadas como razones en los juicios concretos de deber ser. En los casos de justiciabilidad difusa, en aquellos casos en que la adscripción de normas es una tarea de todos los operadores jurídicos, el juez constitucional no tiene esta competencia.

4.2. Una hipótesis jurídico positiva

Ya se ha señalado, dentro del proceso de construcción del *escenario*, que el rol de los protagonistas antagónicos de esta novela, es representado por las que hemos denominado como la *teoría unipuntual clasicista* de los DSE de la Constitución de 1991 y la *teoría unipuntual del Estado Social de Derecho*.

Paso ahora a señalar cuál es el libreto de cada uno de estos protagonistas. Sin embargo, antes de ello y con la tranquilidad que proporciona el haber develado ya los presupuestos teóricos, las expectativas y pretensiones de quien escribe estas líneas, resulta conveniente realizar en este punto la siguiente precisión. Con el ordenamiento jurídico positivo vigente, con nuestro sistema político, son compatibles tanto la *teoría unipuntual clasicista* de los DSE como la del *Estado Social de Derecho*. Ambas pueden utilizar los instrumentos que les brindan las formas jurídicas para sostener que la suya es la teoría *correcta* para nuestro ordenamiento. Una vez realizada dicha precisión, una vez *descubierto el Mediterráneo*, paso ahora a mirar cuales son los medios de los que se vale cada una de las teorías, con el fin de formular una *hipótesis jurídico positiva* que sirva de base para sostener un discurso que defienda la justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, se repite, fundamentado en la teoría de Robert Alexy de los derechos fundamentales.

Mientras que la *teoría unipuntual clasicista* ha sido la teoría dominante dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional,⁶⁵ considero que una *teoría unipuntual*

⁶⁵ Esta afirmación encuentra respaldo incluso en las sentencias más controversiales en materia de tutela que ha expedido la Corte. Véase por ejemplo la sentencia T 406/92 M. P. Ciro Angarita, mediante la cual a pesar de encontrar caminos que admitan la posibilidad de tutelar los DSE de la Constitución de 1991, esto es, el criterio de conexidad, y a pesar de señalar que "*bajo la Constitución de 1991 los derechos fundamentales son lo que digan los jueces en las sentencias de tutela*" el establecimiento de criterios para la identificación de cuáles son los derechos fundamentales, como la eficacia directa o la aplicabilidad inmediata, así la Corte sostenga que no,

del Estado Social de Derecho aún no ha comenzado a abrir las vías de discusión en nuestro medio jurídico, papel que correspondería a una teoría jurídico positiva que defienda la justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991. Aclaro, defendiendo sus posibilidades de justiciabilidad, no sólo en los casos concretos que hemos denominado como de justiciabilidad concentrada, sino también en aquellos que se catalogaron como de justiciabilidad difusa.

Así, mientras la primera, en diferentes matices y con diferentes discursos, utiliza como argumentos aquellas ideas solidamente arraigadas dentro de nuestra cultura de lo jurídico, esto es, la seguridad jurídica, la separación de poderes, la creencia en la certeza y en la predecibilidad de las decisiones judiciales, además de la concepción legalista y formalista sobre el método jurídico,⁶⁶ en contra de las pretensiones de justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991,⁶⁷ la segunda, hasta hoy, no ha elaborado un discurso que ataque el punto central, el *núcleo* de todas aquellas categorías de discurso que aquí se han denominado como *teorías unipuntuales clasicistas*.

Es aquí donde sentaré una *hipótesis jurídico positiva*. Una teoría que pretenda defender la justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, debe partir atacando los postulados teóricos que han construido, desde la doctrina y la jurisprudencia nacional, la creencia en la necesaria distinción entre derechos constitucionales y derechos fundamentales, como dos categorías de derechos diferentes, en adelante, el binomio DC/DF. Binomio, que no parte de la idea de distinción entre derecho constitucional y derecho fundamental, como dos categorías de derechos

remiten a una tesis básica contundente de cuales son estos derechos: son derechos fundamentales los derechos de primera generación y vía excepción dos DSE, los consagrados en los artículos 44 y 50. El argumento central de esta afirmación, lo que he denominado como el núcleo de esta teoría unipuntual, será expresado más adelante. Por supuesto, debe tenerse claro que una elaboración profunda de este argumento implicaría establecer diferentes categorías o tesis, aún contradictorias, dentro de esta teoría unipuntual. Un criterio diferenciador sería por ejemplo la aceptación o no del criterio de conexidad como modalidad de fundamentalidad de los derechos constitucionales en los casos concretos. Por ahora, sólo basta decir que todas ellas tienen en común la idea básica de que los derechos fundamentales son los derechos de primera generación, esto es, los derechos de defensa del individuo frente al Estado y los derechos de participación política.

⁶⁶ Véase López. *Teoría impura*. "Las decisiones tomadas en derecho tienen que ser el producto objetivo de la aplicación de un cuerpo preexistente de normas (...) toda decisión judicial tiene que provenir de la aplicación directa de un texto legal (...)" y "alternativamente, las decisiones judiciales deben lograrse mediante deducciones lógicas a partir de conceptos abstractos construidos por la ciencia del derecho".

⁶⁷ Se insiste en esta idea. Así la denominada *primera* Corte Constitucional, aquella de las sentencias T 406/92, T 002/92; T 008/92; T 402/92; T 415/92; T 418/92; T 426/92; T 522/92; T 571/92, sostuviera una tesis que abría la posibilidad que en los casos concretos cualquier derecho pudiera ser un derecho fundamental, los denominados criterios *técnicos* como la eficacia directa van de la mano de estas concepciones de lo jurídico, de la idea *clasicista* del derecho.

excluyentes, sino que apunta a la idea de considerar a los derechos constitucionales como una categoría general de los derechos consagrados en la Constitución de 1991, de la que los derechos fundamentales son sólo una categoría específica.

Es este binomio DC/DF el *núcleo* central de los diferentes discursos incluidos en una teoría unipuntual específica, aquélla que remite a la tesis básica de que los derechos fundamentales son sólo los derechos constitucionales de primera generación. Es este binomio el que permite cerrar las puertas para un discurso de justiciabilidad de los DSE de la Constitución de 1991, en tanto establece relaciones de precedencia incondicionadas y absolutas entre los derechos de nuestra Carta, “sacando del juego” a los DSE de la Constitución de 1991. Evidentemente, el binomio DC/DF quita a los DSE de la Constitución de 1991 su carácter *prima facie*.

Es hasta este punto, hasta donde quiero dejar planteada mi hipótesis jurídico positiva. Sin embargo, no quisiera terminar estas líneas sin una consideración adicional:

No debe entenderse que un discurso que parta de ella, llevaría a una teoría que pretenda que en todos los casos, por cualquier motivo y ante cualquier circunstancia, los DSE de la Constitución de 1991 sean derechos tutelables.⁶⁸ Ello, evidentemente iría en contra de nuestro derecho positivo. Esta hipótesis *jurídico positiva*, mediante el replanteamiento del binomio DC/DF, simplemente buscaría defender la posibilidad que sea el juez quien en el caso concreto, en el juicio de deber ser de un DSE, trátase de justiciabilidad difusa o justiciabilidad concentrada, y bajo la consideración de las circunstancias específicas del caso, decida cuándo, bajo qué relación condicional de precedencia, se hace necesaria la justiciabilidad de un DSE de la Constitución de 1991. Por supuesto, esta hipótesis me remite a mi *hipótesis básica*, por su puesto, dotar al juez de la posibilidad de que en los juicios concretos de deber ser, determine relaciones de precedencia condicionadas en las que se corre el riesgo de triunfo de un DSE de la Constitución de 1991, es un asunto de desconcentración del poder político.

⁶⁸ En este punto señalo concretamente la tutela como categoría de justiciabilidad, puesto que, así ya se haya señalado que esta es sólo una entre las múltiples posibles formas de utilizar los DSE como razones para la creación de norma, es indudable que es la que más controversia, espina y contradictores ha suscitado.