

Fecha de recepción: 5 de febrero de 2015
Fecha de revisión: 5 de mayo de 2015
Fecha de aceptación: 16 de junio de 2015

Análisis de la conveniencia de un juez de tutela tipo “Hércules Dworkiniano” en Colombia*

*Tatiana Díaz Ricardo ***
*Dagoberto Liñán Pombo ****

Citar este artículo

Díaz, T. & Liñán, D. (2015). Análisis de la conveniencia de un juez de tutela tipo “Hércules Dworkiniano” en Colombia. *Revista Via Iuris*, 19, pp. 33-50.

RESUMEN

Esta investigación pretende analizar las conveniencias institucionales y procesales de un juez de tutela tipo “Hércules Dworkiniano” en la garantía de los derechos sociales en el Estado social de derecho colombiano. Así las cosas, el sistema jurídico colombiano implica una relación compleja entre normas jurídicas legales y constitucionales. De forma concreta, cuando los jueces deciden los casos se evidencia en la Constitución, la posibilidad de obedecer imperativos legales (Art. 230 de la Constitución Política de Colombia) y obedecer principios constitucionales (Arts. 4, 93 y 94) como exigencia de la democracia, que en su concepción sustancial requiere condiciones normativas y materiales que se erigen sobre la base de la existencia de la autonomía, núcleo esencial de la dignidad humana. El asunto se torna de mayor relevancia cuando de casos de tutela se trata. Pues esta, se ha constituido como el mecanismo de protección, estabilización y garantía judicial de los derechos fundamentales y sociales fundamentales vulnerados, y que en Colombia se ha presentado, mayoritariamente, como el quebrantamiento de la independencia y equilibrio de los poderes públicos. Tiranía de los jueces, jueces creadores de derecho, de políticas públicas, jueces legisladores, son algunos, entre muchos adjetivos, con los que se califica la intervención judicial garantista de los derechos sociales fundamentales.

* Artículo de investigación vinculado al proyecto: “Análisis de la conveniencia de un Juez de tutela tipo Hércules Dworkiniano en Colombia”, realizado en acuerdo entre las Universidades de Cartagena y Libre - Sede Cartagena. (Período 2014-2015). Cartagena (Colombia).

** Magistrada Auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Candidata al doctorado de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en derecho de la Universidad Nacional de Colombia y abogada de la Universidad de Cartagena. Asesora de la ministra de Educación Nacional. Jefa de Estudios Filosóficos y Sociales, Docente investigadora de tiempo completo de la Universidad de Cartagena, coordinadora de proyectos de investigación en la oficina de posgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, sede Cartagena. Investigadora del grupo de investigación, Justicia Constitucional y Administrativa, de la Universidad de Cartagena y la Universidad Libre, sede Cartagena. Cartagena de Indias (Colombia). Correo electrónico: tatianadiazr@gmail.com

*** Estudiante de séptimo semestre de derecho y tutor académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Estudiante investigador del grupo de Investigación, Justicia Constitucional y Administrativa, de la misma institución. Cartagena de Indias (Colombia). Correo electrónico: dagobertolinanp@gmail.com

Palabras clave

Juez Hércules, Estado social de derecho, democracia, acción de tutela, DESC, activismo judicial.

Analysis of the expediency of a “Dworkinian Hercules”- type guardianship and protection judge in Colombia

Tatiana Díaz Ricardo
Dagoberto Liñán Pombo

ABSTRACT

This research intends to analyze the institutional and procedural expediency of a guardianship and protection judge of the “Dworkinian Hercules” type for guaranteeing the social rights in the Colombian Social State of Law. Being so, the Colombian juridical system implies a complex relationship between legal and constitutional juridical norms. In particular, when judges decide over cases, the possibility of obeying legal imperatives (Art. 230, Colombian Political Constitution) and obeying constitutional principles (Art. 4, 93, and 94, Colombian Political Constitution) can be seen in the Constitution as a demand for democracy, which in its substantial conception requires of normative and material conditions built on the foundation of the existence of autonomy, an essential core of human dignity. The issue becomes more relevant when concerning cases of guardianship and protection, as this type of legal action has transformed into the mechanism for the protection, stabilization, and judicial guarantee of violated fundamental and social rights. In Colombia, this has meant, for the most part, the breaking of the independence and balance of the public powers. Tyrant judges, judges generating law and public policies out of thin air, legislator judges, are some adjectives, among many, with which the judicial intervention looking for guaranteeing fundamental social rights is described.

Keywords

Hercules judge, social state of law, democracy, protective legal action, ESCR, judicial activism.

Análise da conveniência de um juiz de tutela tipo “Hércules Dworkiniano” na Colômbia

Tatiana Díaz Ricardo
Dagoberto Liñán Pombo

RESUMO

Esta pesquisa tem objetivo analisar as conveniências institucionais e processuais de juiz de tutela tipo “Dworkiniano Hércules” na garantia dos direitos sociais no estatuto social da lei colombiana. Assim, o sistema judicial colombiano envolve uma complexa relação entre as normas jurídicas legais e constitucionais. Ou seja, quando os juízes decidem os casos evidenciados na Constituição, a capacidade de obedecer a requisitos legais (Art. 230 da Constituição da Colômbia) e obedecer a princípios constitucionais (art. 4, 93 e 94 da Constituição da Colômbia) como requisito da democracia, que em sua concepção substancial exige uma regulamentação e condições materiais que são construídos com base na existência de autonomia, núcleo essencial da dignidade humana. A questão se torna mais relevante quando em casos de tutela (custódia) que é. Para isso, foi estabelecido como o mecanismo de proteção, estabilização e garantia judicial dos direitos sociais básicos e fundamentais violados e que a Colômbia tem sido apresentada principalmente como a destruição da independência e equilíbrio dos poderes públicos. Tirania dos juízes, juízes criadores de direito, políticas públicas, legisladores, juízes, são alguns entre muitos adjetivos, com o qual a intervenção judicial garante dos direitos sociais fundamentais

Palavras-chave

Juiz hercules, Estado social de direito, democracia, pedido de tutela, ativismo judicial.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta investigación es analizar las conveniencias institucionales de un juez de tutela tipo “Hércules Dworkiniano” en la garantía de los derechos sociales fundamentales en el Estado social de derecho colombiano. El fin último que inspira este trabajo de derechos sociales persigue un objetivo liberal: la consolidación de la dignidad humana, como pilar de su autonomía. Por ello, la vida digna requiere satisfacción de prestaciones sociales necesarias y esenciales. Luego entonces, contrario a la regla general, esta teoría social, que lo es, no busca empoderar aún más al Estado, sino al individuo. Se considera que el camino que ha recorrido la humanidad en materia derechos humanos está lejos de ser una línea recta. Todavía está abierta la concurrida discusión sobre la naturaleza de los derechos sociales, culturales, y económicos (DESC) y su justiciabilidad.

La Constitución Política de Colombia de 1991 introdujo modificaciones a la estructura del Estado colombiano. Una de ellas fue la consolidación de un Estado social de derecho en donde la preminencia de la protección y promoción de los derechos sociales es vital para el funcionamiento del mismo, e incide en la dinámica del ordenamiento jurídico. Así es como el juez de tutela constitucional, se convierte en una institución clave en el desarrollo de los fines del Estado de derecho. Se verá que la forma en que se conciben sus alcances determina los procedimientos para la garantía de los derechos, y por ende, el papel mismo del juez de tutela. Para Dworkin, en su libro *“Una cuestión de principios”*, existen dos concepciones para entender el Estado de derecho, una a la que llama concepción “centrada en el cumplimiento del reglamento” y otra denominada “concepción centrada en los derechos”:

¿Qué es el Estado de derecho? Los abogados (y casi todo el mundo) coinciden en que existe un claro e importante ideal político denominado “Estado de derecho”. Pero no hay acuerdo acerca de en qué consiste ese ideal y, de hecho, hay dos concepciones muy distintas, que cuentan con sus propios partidarios. (Dworkin, 2012).

La primera es la que llamaré la concepción “centrada en el cumplimiento del reglamento”, según la cual, en la medida de lo posible, el poder del Estado nunca debe ejercerse contra los ciudadanos, salvo cuando en un reglamento público, al que todos pueden acceder, existan normas explícitas que indiquen lo contrario. Tanto el gobierno como los ciudadanos comunes de-

ben ceñirse a esa normativa pública hasta que la modifique. Lo único que afirma es que, sean cuales fueren, se las debe respetar hasta que se las modifique. Sin duda, quienes apoyan este punto de vista están interesados en el contenido de las normas, pero sostiene que esa es una cuestión de justicia sustancial y que esta constituye un ideal independiente que de ninguna manera forma parte del Estado de derecho.

A la segunda forma de entender el Estado de derecho la llamaré “concepción centrada en los derechos”. En varios sentidos, es más ambiciosa que la primera. Supone que cada ciudadano posee derechos y deberes morales en relación con el resto de ciudadanos y derechos políticos en relación con el estado en su conjunto. Según esta perspectiva, esos derechos morales y políticos deben estar reconocidos en el derecho positivo, de modo tal que se los haga cumplir cuando así lo requieran los ciudadanos a través de los tribunales u otras instituciones judiciales similares, en la medida en que sea posible. El Estado de derecho es, en este sentido, el ideal del imperio por medio de una concepción pública y precisa de los derechos individuales. A diferencia de la primera concepción, no distingue entre el Estado de derecho y la justicia sustantiva, sino que, por el contrario, requiere, como parte ideal de derecho, que las normas reglamentadas recojan y hagan respetar los derechos morales. Se trata de un ideal complejo.

Pero el cumplimiento de las normas no es suficiente para garantizar la justicia: cuando las normas son injustas, un cumplimiento absoluto puede llevar a grandes injusticias (Dworkin, 2012, pp. 27-29).

Para nosotros, la forma en que Dworkin concibe al Estado, centrado en derechos, tiene importantes coincidencias procedimentales con la forma de Estado social de derecho colombiano y su dinámica de protección y garantía judicial de los derechos sociales fundamentales. En cuanto a estos últimos, Rodolfo Arango manifiesta:

En el sistema jurídico colombiano, los derechos sociales fundamentales son derechos a prestaciones positivas del Estado que han sido consagrados en un orden jurídico nacional y que han sido reconocidos como derechos constitucionales con carácter fundamental. Es este sentido, estrictamente, no son derechos sociales fundamentales los derechos liberales clásicos de libertad de asociación sindical, de negociación colectiva o de manifestación, los cuales son clásicos derechos de

libertad. Derechos sociales fundamentales son, según la jurisprudencia constitucional colombiana, los derechos a la alimentación, la salud, la educación, la vivienda, el trabajo y la seguridad social, todos ellos derechos individuales a prestaciones positivas del Estado (Arango, 2001, p. 19).

METODOLOGÍA

Teniendo en cuenta lo anterior, puede afirmarse que la investigación planteada explora las posibilidades de adecuación y/o identificación de la labor del juez constitucional en el Estado colombiano, con el ideal de juez planteado por Dworkin, en su concepto de Estado del derecho centrado en derechos, cuyo fin es lograr la justicia material, en cuanto a derechos sociales fundamentales. En ese sentido, la investigación tiene un alcance exploratorio por un lado, en virtud del enfoque que se le da a la discusión, y descriptivo, por el otro, en relación con la definición de las características del juez Hércules Dworkiniano. Asimismo, es de tipo iusfilosófica en cuanto se discuten aspectos que se ubican en el plano jurídico-axiológico. Para el logro del objetivo propuesto en la investigación, se realizó una revisión bibliográfica, analizada a través de la técnica de hermenéutica jurídica y los métodos crítico, analítico y sintético. En esa revisión se aplicó la herramienta de fichas de contenidos con resúmenes de los textos. Igualmente se llevó a cabo un análisis del actuar de los jueces de la Corte Constitucional colombiana, a través de sus fallos, como máximo tribunal en materia de acción de tutela y protección constitucional, con el fin de lograr la identificación de su labor con la del juez tipo "Hércules Dworkiniano" y analizar la conveniencia del mismo. Todo lo anterior se constituyó en fuentes secundarias, con un valor estrictamente conceptual y académico para lograr una conceptualización y apreciación sobre las principales posturas y/o conclusiones respecto al tema objeto de la investigación.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

El Estado social de derecho colombiano y la acción de tutela

Colombia se convirtió en un Estado social de derecho a partir de la Constitución Política de 1991:

Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralis-

ta, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Niebles, 2012, p. 5).

Esta transformación implicó un gran cambio en la estructura de todo el Estado colombiano, pues presupone que toda ley y toda actividad del Estado se realizan en el marco de la Constitución convirtiéndose en la norma superior del ordenamiento jurídico. El pueblo es el que ejerce la titularidad del poder público, y la acción del Estado debe dirigirse a garantizar a los asociados, condiciones dignas de vida, fundada en principios constitucionales obligatorios tales como la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, y la prevalencia del interés general.

En este orden de ideas, al darle la Constitución esta nueva definición al Estado colombiano, no se agregó un adjetivo trivial, sino que por el contrario, el calificativo "social" comporta una importancia sin precedentes en el contexto del constitucionalismo colombiano. La Corte Constitucional lo reseña así:

Lo primero que debe ser advertido es que el término "social", ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto. [...] estos cambios han producido en el derecho no solo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos¹.

Así las cosas, en el nuevo Estado colombiano, por mandato de la Constitución, debe de existir un verdadero reconocimiento de los derechos de todos los asociados, se debe dar preeminencia al aspecto huma-

¹ Corte Constitucional de Colombia, T-406/1992. M. P. Ciro Angarita Barón.



no en los conflictos de derecho, en donde la justicia material y social en la solución de casos, desempeña un papel casi de igual importancia o más que la misma seguridad jurídica. Donde los preceptos legales se encuentran supeditados a los principios y valores constitucionales, y en donde las autoridades judiciales, administrativas, legislativas deben impulsar su actuar en las realidades de contenido social; y es el juez constitucional el que está llamado a ser principalmente el portador de la visión institucional del Estado social de derecho.

Otra consecuencia para resaltar es la referente a los derechos fundamentales, sociales, y económicos, de los individuos; tal importancia radica en que ahora la preminencia no está en la enunciación de tales derechos, sino en la efectiva aplicación de los mismos. Es decir, para el derecho de hoy es más importante establecer cuáles son los criterios de interpretación y aplicación de las normas que establecer cuál es la lista de aquellas normas que pertenecen a una determinada categoría (Corte Constitucional de Colombia, T-406/1992) y bajo este precepto establecer mecanismos idóneos para su protección y garantía, en caso de vulneración, violación o puesta en peligro. En este sentido, encontramos la acción de tutela² que es definida por el ordenamiento constitucional colombiano como:

Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley

² Además, es regulada por los Decretos 2591 de 1991, Decreto 306 de 1992 y Decreto 1382 de 2000.

establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (Niebles, 2012, p. 293).

La acción de tutela así, se erige como esa garantía constitucional que posee toda persona³ para la protección judicial inmediata de sus derechos fundamentales, la cual a la vez funciona como un mecanismo de defensa contra la conducta activa u omisiva del Estado y los particulares⁴ que vulnere o ponga en peligro aquellos derechos⁵. Es importante resaltar que en cuanto a aspectos procesales de la misma, encontramos que por ser un mecanismo considerado un derecho fundamental se instituye para la protección de derechos fundamentales o aquellos que no siendo fundamentales estén en conexidad⁶ con los primeros. Al respecto Quinche, et al., comentan:

La tendencia actual del sistema interno de protección es la de superar el mecanismo auxiliar de la conexidad, para dar paso a la protección directa de los derechos prestacionales, como derechos fundamentales. Así por ejemplo, en la sentencia T-006 de 2006, la Corte Constitucional ordenó el amparo directo de los derechos a la calidad de vida y a la salud, en un menor que había sufrido un accidente y se le negaba la atención medica

³ Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que también son sujetos activos de la acción de tutela los extranjeros: “[...] la titularidad de la acción de tutela corresponde a toda persona sin establecer diferencia alguna por razones de nacionalidad o ciudadanía” (Corte Constitucional de Colombia, T-172/1993) y las personas jurídicas: desde sus primeros pronunciamientos esta corporación ha sostenido que las personas jurídicas, aún las de derecho público, están legitimadas para ejercer la acción de tutela debido a que son titulares de derechos constitucionales fundamentales (Corte Constitucional de Colombia, T-371/2013).

⁴ La acción de tutela procede contra aquellos particulares que ejercen alguna función pública, que se encuentran en posición de superioridad frente al accionante, que presenten algún servicio público y en aquellos casos en donde este comprometido el honor y la honra de las personas (ver: T-254/1993 y T-655/2011, Corte Constitucional de Colombia).

⁵ Es muy importante resaltar, que por medio de esta acción judicial, además de protegerse derechos reconocidos en la Constitución Política como derechos fundamentales, también se pueden proteger derechos que se encuentren en el bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, en este sentido, ver Botero (2005).

⁶ La Teoría de la conexidad para la protección de los derechos no fundamentales la ha adoptado la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia para garantizar la justicia material y desarrollar los mandatos que impone la Constitución a las autoridades en cuanto a la protección de los derechos de toda persona (Ver: T-406/1992 y T-584, 2011, Corte Constitucional de Colombia).

en el proceso de recuperación. [...] la evidencia de la protección directa de esta clase de derechos, ha significado la actualización del sistema de protección nacional (2009, pp. 300-301).

Es a su vez una acción subsidiaria debido a que procede en aquellos casos en donde el accionante no tenga otra herramienta o acción judicial idónea para la defensa de sus derechos, salvo que se interponga como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁷ (Corte Constitucional de Colombia, T-081/2013).

De la misma manera, y debido a su naturaleza de informalidad, los requisitos que se exigen para la admisión de la acción son muy sencillos, en la medida en que basta enunciar aspectos tales como: 1) cuál es la conducta que motiva la acción; 2) la determinación de derechos que se consideran vulnerados, violados o amenazados; 3) indicar la autoridad pública o el particular según el caso; 4) describir los hechos más relevantes; 5) nombre y lugar de residencia del accionante y 6) la manifestación bajo juramento de no haber interpuesto otra solicitud de tutela y en caso de ser interpuesta como mecanismo transitorio, señalarlo. Con el lleno de tales requisitos se logra la admisión de la misma y es el juez quien deberá fallar en un término no superior a 10 días hábiles.

En suma, el Estado colombiano a partir de la Constitución de 1991 no solamente se convierte en un Estado social de derecho, sino que a su vez, adquiere compromisos tanto con los asociados, como con la comunidad internacional, en cuanto a la garantía, defensa y promoción de los derechos de las personas. Para lo cual, son todas las autoridades del país, las obligadas a desarrollar y lograr tales fines estatales.

El juez de tutela tipo “Hércules Dworkiniano” en la garantía de los derechos fundamentales y sociales fundamentales

En el marco del Estado social de derecho, encontramos al juez de tutela-constitucional como una figura clave en la protección y promoción de los derechos de las personas, convirtiéndose así en la piedra angular de los sistemas normativos de las democracias contemporáneas. En su labor de protección y garantía de los derechos fundamentales, los jueces de tutela de-

ben enfrentarse a muchos casos, que en su mayoría, la solución a los mismos escapa de la reglamentación meramente legal, y entran en un plano de incerteza. Tales casos se conocen como casos difíciles, en donde se pueden dar dos hipótesis: en la primera existen varias normas que determinan sentencias en sentidos diferentes (contradictorios) y en la segunda no existe norma exactamente aplicable al caso. Pero en ninguno de los dos eventos le es dable al juez sustraerse de su deber, por tanto, debe buscar soluciones que en la medida de lo posible sean correctas y se ajusten a las realidades sociales, económicas y políticas dentro del marco de lo jurídico:

Considero que el enfoque correcto es que, en casos polémicos, los jueces fundan sus decisiones, y deben hacerlo, en argumentos de principios políticos y no en políticas públicas. Mi postura entonces, es más restrictiva que la opinión progresista norteamericana, pero menos que la británica (Dworkin, 2012, p. 27).

En este orden de ideas, se erige al juez Hércules Dworkiniano, el cual se caracteriza porque es un juez omnisciente, con grandes cualidades intelectuales y calidades humanas, capaz de solucionar los casos difíciles y encontrar respuestas correctas. En estos casos, el juez Hércules no goza de libertad o discrecionalidad en sentido fuerte⁸, debido a que él no está legitimado para dictar normas, ni mucho menos para dictarlas en forma retroactiva. Por lo cual debe buscar criterios que lo ayuden a la construcción de una teoría coherente, en donde los principios⁹ del ordenamiento jurídico son su principal argumento de derecho para las soluciones concretas. Al respecto Dworkin afirma que:

[...] Hércules no seguirá aquellas teorías clásicas de la adjudicación que ya he mencionado, que suponen que un juez sigue las leyes o precedentes mientras mantienen una dirección clara, y que cuando la pierden queda en libertad de actuar

⁷ En este sentido, ver Corte Constitucional de Colombia, T-081/2013. M. P. María Victoria Calle Correa.

⁸ La discrecionalidad según Dworkin ha de entenderse que la decisión del juez no se encuentra controlada por una norma prevista por la autoridad particular, pero que aun así no tienen discrecionalidad para crear derecho, por el contrario, tiene que aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico, porque aunque no existan reglas aplicables al caso concreto, siempre existirán principios que lo sean, sin excluir esto cierto grado de juicio propio objetivo en la aplicación de los mismos.

⁹ Dworkin define los principios como “[...] estándares que han de ser observados, no porque favorezca o asegure una situación económica política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, 2012, p. 72).



por su cuenta. La suya es más bien una teoría sobre lo que requiere la ley, o el precedente mismo, y, aunque naturalmente en la formulación de ese juicio se reflejaran sus propias convicciones intelectuales y filosóficas, se trata de una cuestión muy diferente de suponer que dichas convicciones tienen alguna fuerza independiente en su argumentación por el solo hecho de ser suyas (p. 192).

Tratándose del Estado colombiano resulta muy conveniente contar con jueces de tutela tipo “Hércules Dworkiniano”, en la medida en que, la reivindicación sustancial que sufre el juez en el Estado social de derecho exige que al momento de analizar y resolver una acción de tutela, la solución que se le dé a la misma no solamente puede ser formal, sino una solución material y sustancial, que si no es correcta o definitiva para el caso en cuestión, si trata de equilibrar el conflicto con los principios y derechos del ordenamiento jurídico y con la realidad social, económica y política del momento, porque en el sistema jurídico anterior a la Constitución del 91, la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela¹⁰. La necesidad de tener jueces de este tipo, también ha sido reconocida por la Corte Constitucional colombiana en recientes pronunciamientos, al exaltar la figura del juez:

[...] el papel del juez en un Estado democrático de derecho se convierte en la piedra angular o en el canal autorizado para garantizar la efectividad de los derechos consagrados constitucionalmente. Por tal razón, su labor no puede ser paquidérmica ni mecánica, sino que debe obedecer a una valoración integral y racional de los diferentes elementos que estén presentes al decidir un caso concreto, de tal manera que la decisión dictada goce de coherencia interna y externa [...] (Corte Constitucional de Colombia T-392/2010, p. 25).

Y en esta media es como debe actuar el juez de tutela colombiano cuando se encuentre frente a un caso de derechos fundamentales o sociales fundamentales, en donde el gasto público y la voluntad popular no pueden ser un obstáculo para la garantía de tales derechos, que emanan directamente de la dignidad humana y son una exigencia del Estado social de derecho, quien consagra al juez constitucional como el garante

de la Constitución del 91, su supremacía y defensa, y con estos la protección de todo el material axiológico que reposa en ella.

Impacto¹¹ y alcance de la acción de tutela en Colombia

Desde 1992 se gestó en Colombia un sector crítico de las decisiones judiciales con impacto económico conformado por eminentes economistas, vinculados al Banco de la República. Por otro lado, diez años antes, en 1980 Ronald Dworkin y Richard Posner debatían respecto a temas similares, se trata de la reacción de Dworkin a un trabajo también clásico de Posner denominado *Utilitarismo, economía y teoría del Derecho* (que se incluye asimismo en este número de *Estudios Públicos*) en el que se sostiene que el criterio de la “maximación de la riqueza” es la mejor justificación de las decisiones jurisdiccionales y además, la más acertada descripción de la práctica judicial del *Common Law*. Con resonancias de un cierto igualitarismo kantiano, aquí Dworkin critica fundamentalmente el aspecto normativo del trabajo de Posner, al que considera una singular expresión del denominado *Law & Economics*. Asimismo, Dworkin ataca el aspecto descriptivo de esta teoría ya que, a su juicio, sus defectos normativos son tan graves que necesariamente conducen al fracaso de la teoría en conjunto.

Se mostrarán apartes del debate colombiano, proviniendo las críticas seleccionadas de economistas, y sus argumentos que son principalmente económicos y financieros, así, analizan las incidencias en la situación fiscal colombiana de algunas tendencias de jurisprudencia de la Corte Constitucional en la protección de los derechos sociales, económicos y culturales.

Sin embargo, se considera, que el argumento de las repercusiones fiscales de las sentencias de la Corte Constitucional en general, y las de tutela en particular, no puede plantarse independientemente de otros, que si bien no apuntan directamente a incidencias económicas, son trascendentales para su entendimiento.

11 Al hablar del impacto económico de las sentencias de tutela de la Corte Constitucional colombiana nos estamos adentrando a la vez, en los efectos que tienen las mismas tanto a las partes, pero principalmente a la sociedad y al Estado colombiano. En este sentido, las sentencias de tutela con impacto económico al igual que la generalidad de las sentencias, y como nos manifiesta César Rodríguez Garavito tienen efectos indirectos y directos, e instrumentales y simbólicos, esto como consecuencia de la solución de un problema jurídico y social que le es dado al juez (2009, pp. 3-5).

10 Corte Constitucional de Colombia. T-406/1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

Los argumentos contrarios a la labor de la Corte Constitucional seleccionados, se pueden esquematizar como se detalla a continuación, obedecen a una interpretación personal de los artículos que posteriormente son especificadas, en la medida en que se presenten: a) la complejidad del texto constitucional repercute en las decisiones ‘despóticas’ de sus magistrados, interpretaciones que, además, cambian con la frecuencia suficiente para generar un ambiente institucional de incertidumbre que en nada ayuda al desarrollo económico del país; b) ilegitimidad de los magistrados de la Corte Constitucional por no ser funcionarios de elección popular; c) incidencia negativa de las sentencias constitucionales en la situación y estabilidad financiera de Colombia; y d) actitud paternalista de la Corte Constitucional que contribuye a la ‘incapacidad’ sempiterna de sus ‘favorecidos’.

La labor de la Corte Constitucional en Colombia ha sido, y es, objeto de innumerables y variadas críticas por un importante sector social, todo dentro del contexto de inestabilidad política, jurídica, social y naturalmente constitucional, que tradicionalmente ha caracterizado nuestro Estado¹². Este sector crítico de la labor de la Corte en asuntos de derechos sociales fundamentales está conformado principalmente por economistas y financistas, algunos de ellos, han sido miembros de la junta directiva del Banco de la República de Colombia.

Problemas financieros de las sentencias de la Corte Constitucional

Se plantea a través de este argumento la imposibilidad de satisfacer las necesidades sociales de un país, con recursos limitados como Colombia. Además, se insiste en la falta de formación y conocimiento de

asuntos económicos de los abogados (jueces, y magistrados de la Corte en específico). Se finaliza con una catastrófica visión de las consecuencias del triunfo de los argumentos de justicia social de los abogados, en donde el Estado sucumbirá:

Los abogados no entienden que el gasto público se hace posible con los impuestos de los ciudadanos sino que este obedece a un principio abstracto de justicia social y si triunfan sus argumentos, entonces, el Estado carecerá de la más elemental base material y sucumbirá (Kalmanovitz, 2002, p. 7).

La primera parte del argumento, referente a la dificultad que constituye para los jueces el estudio de asuntos económicos, debe manifestarse en que la Corte se asesora de peritos, al igual que lo hacen todos los jueces de la República, así como los economistas elaboran proyectos de ley con ayuda de juristas, y los mismos legisladores se asesoran de expertos en materias específicas. Es importante, además, señalar que en Colombia las sentencias con implicaciones económicas, hacen parte de la historia nacional:

[...] el primer hecho olvidado es que las sentencias con implicaciones económicas, de inexecutable o con condicionamientos, no son fruto de la Constitución de 1991. Existen desde hace más de noventa años y desde entonces han despertado controversia (Cepeda, 2004, p. 2).

Viene a bien recordar a los economistas que los asuntos públicos no son exclusividad de un sector específico, aunque se requieran conocimientos profesionales, especialmente en los asuntos que interesan a toda la sociedad. No se necesita ser economista para que un asunto específico nos parezca injusto e inconstitucional, ni para estar facultados a pedir al Tribunal Constitucional su estudio. Además, la decisión de su inconstitucionalidad o no, obedecerá a un cuidadoso estudio, que puede contar con la asesoría de peritos, en caso de ser necesario.

Cada vez que la Corte Constitucional estudia un asunto es porque los ciudadanos se lo han solicitado. Desde Sócrates se diferenció entre los asuntos públicos y privados, siendo los primeros aquellos asuntos morales de la sociedad en los que cualquier ciudadano puede opinar. La Corte decide asuntos de constitucionalidad, aquello que para nosotros como sociedad es justo y en consecuencia de ello forma parte de nuestro sistema constitucional. Ahora, pareciera, que los economistas pretenden crear un pseudo estatus ético-social en donde existen determinados asuntos

12 Nada se gana desconociendo la tradición caótica y conflictiva de nuestro Estado, el cual aunque desde sus inicios se configuró como una República, sin que tal denominación se reflejara en la realidad social. Muchos académicos han realizado desde siempre avisoramientos de la inutilidad del derecho para contribuir por sí solo a construir realidades. En Colombia se ha desarrollado una capacidad increíble para trasplantar sistemas y normas jurídicas y el constitucionalismo y toda la teoría de derechos humanos ha sido incorporada a nuestra legislación. Sin embargo, en palabras del historiador Indalecio Liévano Aguirre, señala la incertidumbre que aún nos acompaña como proyecto de Nación: “La República no constituyó, pues, una primera palabra pronunciada sobre la nada del caos originario, sino un nuevo y magnífico escenario, lleno de posibilidades, en el cual habría de continuar la vieja controversia entre los poderes de la riqueza y el ideal de la justicia que mantiene abiertas, para todos, las puertas de la nacionalidad y sus beneficios. Con la tremenda eficacia perturbadora de los problemas no resueltos, este conflicto repercute todavía, con todas sus consecuencias, en nuestra época” (2002, p. 22).



en los que pese a repercutir en la vida de todos los ciudadanos, el pueblo no tiene derecho a opinar por tratarse de exclusivos asuntos económicos.

En cuanto a las repercusiones económicas de las sentencias de la Corte Constitucional en sí, se cuestiona su labor específicamente en cuanto a los costos de las decisiones que protegen derechos sociales. En ese sentido, se debe señalar que el principio de justicia social de los magistrados, si desconoce la naturaleza del gasto público de la Nación, tendrá consecuencias nefastas para el país. Aquí lo que se interpreta es el criterio que las decisiones que protegen derechos sociales de los ciudadanos, no tiene respaldo presupuestal y, tarde que temprano, se llegará a una situación muy difícil en materia económica. Entonces, parece entenderse, del argumento de los economistas, si el presupuesto es limitado, los derechos sociales fundamentales de los ciudadanos deben esperar a que las condiciones económicas mejoren, y el Estado esté en capacidad de asumir el costo social de la Nación. Mientras tanto los derechos sociales de los colombianos, sus derechos humanos, no son protegidos. Se considera que la idea antecedente, puede ser cuestionada, por varias razones que se analizarán. El magistrado de la Corte Constitucional colombiana, Manuel José Cepeda Espinosa ha estudiado este tema, el cual retomamos en su mayoría, su criterio deja ver la preocupación respecto a la forma en cómo se mira la protección de los derechos humanos de los ciudadanos en sociedades pobres, en la medida en que no es cuestión de costo económico solamente:

No deja de ser preocupante que algunas veces le pidan a la Corte que si defender la Constitución llega a tener un costo económico, cierre los ojos y deje pasar la violación. ¿En qué lugar del mundo una Corte Constitucional ha sostenido que los derechos solo serán garantizados si su protección no cuesta nada? Una cosa es reconocer que obviamente los recursos son escasos y existen restricciones presupuestales, y otra cosa bien distinta es admitir que los derechos sean violados para ahorrar recursos económicos. La Corte ha reconocido lo primero en múltiples fallos, pero no ha admitido lo segundo. Es que una estadística negativa no da licencia para violar derechos, así como una sentencia no borra la dura realidad de la escasez de recursos. El problema es más complejo y la Corte ha tenido en cuenta los elementos que lo hacen tan difícil (Cepeda, 2004, p. 9).

Ahora, mirando con detenimiento la situación del país, no debe definirse como inexistencia de recursos económicos. Hay que señalar que hay pocos bienes y hay que decidir cómo repartirlos. La situación actual de Colombia ha mostrado la preferencia por la protección de los derechos fundamentales negativos (libertad negativa). Sin embargo, tales derechos, quizás por su denominación, derechos de abstención del Estado, crean la imagen de no tener costo alguno, cosa bastante alejada de la realidad. Imaginemos solamente cuánto cuestan a la Nación los comicios electorales y todo el despliegue de seguridad que este requiere, el de sostenimiento del aparato militar para garantizar la libre circulación, las cifras son astronómicas:

Las libertades básicas tienen una dimensión prestacional que exige gasto público. El ejemplo obvio, en Colombia, es la protección militar de las carreteras para que las personas puedan viajar por Colombia. La libertad de movimiento no consiste solamente en que las autoridades se abstengan de obstaculizar la circulación de las personas. El goce efectivo de la libertad de movimiento requiere de un Estado capaz de crear y mantener las condiciones mínimas de infraestructura y seguridad para circular. Y eso, cuesta dinero. Por eso un libro clásico sobre el tema titulado, el *Costo de los derechos*, Stephen Holmes (1999) y Cass R. Sunstein que lleva como subtítulo "Por qué la libertad depende de los impuestos". El propósito básico del libro es mostrar cuánto cuesta mantener un Estado con la capacidad institucional de proteger la libertad, no los derechos sociales y económicos que ahora está de moda colocar en la picota pública. La dicotomía entre derechos de libertad —que supuestamente no cuestan dinero— y derechos socioeconómicos —que sí cuentan— es artificiosa. Por eso, el primer capítulo de este libro se denomina: "Todos los derechos son positivos", o sea, todos los derechos cuestan y su goce efectivo depende en alguna medida del gasto público. ¿Cuánto cuesta, en Colombia, proteger el derecho a la vida? ¿Cuánto vale garantizar la libertad física? Mucha plata (Cepeda, 2004, p. 11).

En cuanto a la seguridad jurídica necesaria para disminuir los costos de transacción, es menester resaltar que la misma es labor, principalmente, de los jueces ordinarios y su tribunal de cierre: la Corte Suprema de Justicia. Es más, los casos que llegan a la Corte Constitucional son una minoría incomparable frente a la multiplicidad de los asuntos que los jueces municipales, del circuito y magistrados de

tribunales deciden a diario. Y cuyas repercusiones son más numerosas e importantes. El argumento no puede centrarse exclusivamente en los magistrados de la Corte Constitucional.

Sin embargo, continuando con el tema de la seguridad, ya se estudió anteriormente la importancia de proteger los derechos sociales, económicos y culturales de los ciudadanos como mecanismo de garantía de la dignidad humana y la libertad requeridos para que puedan ejercer su ciudadanía. Las sociedades en donde los Estados no están garantizando la dignidad humana y libertad positiva de sus asociados, la democracia está presentando fallas en su funcionamiento, y, nada indica que el panorama pueda mejorar. Así que debe empezar a mirarse la dignidad y libertad positiva de todos los ciudadanos como un instrumento de conservación del sistema democrático. Porque de no ser así, lo que sucumbirá, probablemente, será la democracia y todo lo que depende de ella.

Los jueces de tutela y la democracia. El debate frente a la “Ilegitimidad” de los magistrados de la Corte Constitucional

Otro argumento de vital importancia en contra de las sentencias de la Corte Constitucional es atacar la legitimidad de los magistrados que la integran porque no son elegidos popularmente, lo cual podría limitar sus facultades, y restringir su alcance en comparación con la de los funcionarios elegidos popularmente¹³. Debe observarse que en el fondo, es un ataque al control constitucional. Se ataca la legitimidad de la Corte porque no ha sido elegida directamente por el pueblo. Asimismo, se da a entender que los funcionarios que no han pasado por un proceso de elección no deben tomar decisiones fundamentales y desequilibrantes para la sociedad a la que pertenecen, se cita al respecto:

13 Sobre este mismo argumento, Diego López hizo una aproximación al hablar de las críticas del tradicionalismo al “nuevo derecho”, llama a una de tales críticas en contra del activismo judicial, la “dificultad contra mayoría”. En este sentido, dice que “[...] la objeción contra la mayoría recomienda, como es evidente, el cultivo de las virtudes de la adjudicación constitucional: consiste en una cuidada deferencia hacia las soluciones propuestas por el legislador a problemas de política pública, a la distribución de recursos y a la definición de la amplitud de derechos que se haga mediante la discusión de los representantes democráticos de la población. La razón de esta deferencia se explica en la representatividad democrática de la legislación: se defiende la Constitución y su ethos democrático, si se respeta las decisiones del legislador, disminuyendo al mínimo la interferencia de las interpretaciones constitucionales en la “libertad de configuración política del legislador” (2006, pp. 327-328).

Se puede concluir en esta sección que la primera Corte fue inconsciente de la limitación presupuestal y que afectó tanto la tributación como el gasto público, lo que en una democracia deben pasar por el tamiz de la política. No es legítimo que sea la justicia, los funcionarios no elegidos, los que tomen decisiones fundamentales y desequilibrantes en estas delicadas materias (Kalmnovitz, 2002, p. 4).

Al respecto señala Dworkin (2012):

El argumento de la democracia, por consiguiente, no provee un razonamiento a favor de la concepción del proceso de decisión judicial centrado en el reglamento (concepción restringida del Estado de derecho).

Hasta aquí no cuestioné el supuesto en el que se basa: que el hecho de que cuestiones de principio político sean decididas por la justicia y no por funcionarios electos constituye una afrenta a la democracia. En este punto debemos preguntarnos si ese supuesto es válido. ¿Es verdad que las decisiones judiciales sobre cuestiones de principio (en oposición a las cuestiones de políticas públicas) atentan contra una teoría plausible de la democracia? El fundamento que sostiene que esto es así supone que la decisión de un órgano legislativo electo por la mayoría de la ciudadanía es, en última instancia, la mejor manera de decidir qué derechos poseen los ciudadanos en relación con otros ciudadanos y con la sociedad en conjunto.

Pero no puedo imaginar que argumento se podría alegar para demostrar que hay una mayor probabilidad de que las decisiones legislativas en materia de derechos sean inherentemente más correctas que las judiciales. Sin duda, para cualquier teoría de los derechos, las decisiones en materia de derechos son mejores si están fundadas en una mayor cantidad de información sobre diversos hechos. Nada garantiza que el ejercicio legislativo sea por sí mismo una garantía democrática, sólo por el hecho de que los representantes han sido elegidos popularmente. Aparentemente la dinámica de un tribunal constitucional, bien podría anteponerse a la de la creación de las leyes (pp. 42-43).

Es importante poner de presente que este argumento ya fue analizado por el constitucionalista colombiano Rodrigo Uprimny, a quien citamos. Este señala que las



cuestiones planteadas son de las más difíciles de contestar, porque “[...] remiten a discusiones filosóficas y jurídicas muy complejas. En efecto, esta objeción se funda, en el fondo, en una aplicación, al campo económico, de la llamada “dificultad contramayoritaria” [...] con la cual se ha querido impugnar la legitimidad del control constitucional en todos los campos” (1999, p. 12). Uprimny responde al argumento de la ilegitimidad de los jueces constitucionales con una “defensa clásica” tomada del constitucionalismo clásico norteamericano, específicamente en el Federalista No 78 de Hamilton y de la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Marbury vs. Madison* de 1803 (p. 13) y dos argumentos contemporáneos, a su entender, más convincentes.

En síntesis Uprimny expone: a) en las democracias la Constitución es la norma suprema, luego, alguien debe garantizar la sujeción de las normas inferiores a esa norma superior, ese alguien debe ser el Tribunal Constitucional, no el legislador ni el jefe de Estado, por cuanto la Constitución busca limitar los órganos políticos; b) en relación con lo anterior, es necesario asegurar un gobierno limitado, porque en el evento de no existir una norma superior, el parlamento no tendría límite; y, c) la Constitución contiene los mandatos del pueblo, mientras que los legisladores son solo sus representantes. Al respecto añade:

Por ende, el Tribunal Constitucional, al anular una ley, no está contradiciendo la voluntad popular e imponiendo su criterio sobre los legisladores. Por el contrario, esa anulación lo único que hace es ratificar una voluntad popular superior encarnada en la Constitución, la cual prima sobre los deseos de las distintas mayorías históricas (Uprimny, 1999, p. 113).

Bajo este entendido, se da lo que se conoce como una de las paradojas de la democracia contemporánea, es decir, Gobierno de mayorías protege a las mayorías, pero ¿quién protege a las minorías o a la persona individualmente considerada?

La democracia y el principio de mayoría, si quieren ser funcionales y perdurar, deben entonces admitir que no deben tocar ciertos puntos, a saber, aquellos que definen el proceso democrático. Por ello, como dice sugestivamente un analista, si la democracia quiere preservar sus manos —esto es, subsistir como democracia— debe atarse un poco las manos, esto es, aceptar que las reglas del juego democrático quedan sustraídas del debate

democrático. Y esto es lo que explica los pactos constituyentes, la supremacía de la Constitución sobre las leyes ordinarias, así como la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad (Uprimny, 1999, p. 113).

Pues bien, si existen asuntos específicos que no pueden ser decididos porque tocarían, pondrían en riesgo, o vulnerarían las reglas democráticas esenciales, significa que son reglas que deben ser protegidas, custodiadas, guardadas por alguien de la mayoría. Ese alguien, cualquiera en que la sociedad delegue la guarda de la democracia, tiene la función más trascendente del sistema, conservar sus reglas, su existencia, su autoconservación:

Ese garante del cumplimiento del juego democrático no puede a su vez pertenecer a las mayorías, pues precisamente pretende controlarlas; debe ser un órgano independiente, esto es, algo parecido a un Tribunal Constitucional, sin importar el nombre que se le dé (Uprimny, 1999, p. 19).

En Colombia el garante de la Constitución, el texto político que contiene los principios democráticos y humanos que nos rigen, es la Corte Constitucional. “Y, por ende, si bien no tiene un origen democrático, el juez constitucional cumple un papel democrático esencial pues es el guardián de la continuidad del proceso democrático”. También es importante analizar la forma en como está planteado el argumento de Kalmanovitz. Uprimny cita tal forma así: “No es legítimo que sea la justicia, los funcionarios no elegidos, los que tomen decisiones fundamentales y desequilibrantes en estas delicadas materias” (Uprimny, 1999, p. 3).

Pero tal forma de referirse a la ilegitimidad de los magistrados de la Corte Constitucional debido a que no son elegidos por voto popular, y a la administración de la justicia en general, se olvida que una democracia contemporánea exige el respeto por los derechos humanos, aunque hipotéticamente la mayoría de los ciudadanos se opusiera a ello, porque forman parte de esas reglas del juego que no deben discutirse dentro de una democracia, tal como lo señaló el tratadista Uprimny. Por ello, al principio de la Constitución: “la vida es sagrada”, debe sumársele “la vida digna es sagrada”. Ronald Dworkin, citado por Uprimny señala:

Los derechos constitucionales, en el sentido riguroso del término, cartas de triunfo contra las mayorías y la persecución del bienestar colectivo, pues solo se puede decir que una persona A tiene

derecho a hacer una conducta X si la mayoría no puede evitar que A realice X, aun cuando la mayoría considere que la realización de X disminuye su bienestar (Uprimny, 1999).

Finalmente, tal como señala el exmagistrado de la Corte Constitucional antes citado, y siguiendo el pensamiento de Dworkin "[...] si los derechos fundamentales son tanto presupuestos procesales como materiales de la democracia, es claro que estos derechos deben ser garantizados, independientemente de la opinión de las mayorías [...]" (Uprimny, 1999, p. 20).

Tampoco debemos olvidar que los derechos sociales fundamentales de los cuales hablamos en el presente artículo, imponen a la luz de la Constitución Política y del bloque de constitucionalidad en *strictu sensu* (concretamente el PIDESC) (Pacto Internacional, 1966), obligaciones a cargo de las autoridades respectivas, las cuales deben cumplir para la efectiva protección y garantía de los mismos. Estas obligaciones Abramovich y Courtis, las sintetiza en tres:

- 1) Obligación de tomar medidas inmediatas: se establece que la primera obligación a cargo del Estado para la efectividad de los derechos sociales debe ser el deber de tomar medidas inmediatas, las cuales consisten en implantar en un plazo, razonablemente breve, actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción de la totalidad de las obligaciones adquiridas por la administración para el cumplimiento de los derechos sociales. En todo caso le corresponderá a este justificar por qué no ha marchado, por qué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no ha marchado más rápido.
- 2) Obligación de garantizar los niveles esenciales de los derechos: existe una obligación mínima de los Estados de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Se trata de un punto de partida en relación con los pasos que deben darse hacia su plena efectividad. El autor cita un ejemplo referente a la salud, por la cual, los Estados tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el pacto, incluida la atención primaria de la salud.
- 3) La obligación de progresividad y prohibición de regresividad: se refiere al principio de progresividad por oposición a la regresividad, el cual abarca dos sentidos complementarios: por un lado,

el reconocimiento de la satisfacción plena de los derechos establecidos en el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, y por el otro, la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos prestacionales (2002, p. 79).

Estas obligaciones, bajo la estructura de Estado que adoptó el constituyente del 1991, le corresponde su cumplimiento y garantía principalmente a la rama legislativa (el Congreso de la República) y a la rama ejecutiva (el presidente de la República) con fundamento en la Teoría Política manifestada en la elección y voluntad popular. Pero lo que sucede en la realidad de nuestro país, es de la insuficiencia de tales agentes al momento de cumplir con tales obligaciones:

En el caso colombiano, es prudente señalar que tales obligaciones no han sido cumplidas en la práctica por el legislador y el ejecutivo debido, entre otras cosas, a la corrupción de muchos de sus actores, pues en el caso colombiano, existe discrecionalidad de las autoridades y capacidad para ser arbitrarios, repartir rentas, hacer favores, dar permisos, y eso tiene su origen en razones particulares que acompañan la organización estatal colombiana (Escobar, Hernández & Salcedo, 2013, p. 138).

Y en esta medida, es la Corte Constitucional Colombiana y los magistrados que la integran, los llamados una vez más a suplir la falta de cumplimiento de las obligaciones para la garantía y protección de los derechos sociales fundamentales. Si bien es cierto se compromete su legitimidad por no ser expresión de la voluntad colectiva como producto de su no elección popular, tal legitimidad le es dada en la medida en que deben cumplir con los mandatos fundamentales y sociales de Constitución, y gracias a la ampliación de funciones jurisdiccionales de la Carta del 91¹⁴, el juez constitucional es un ejemplo de quienes ganan poder político gracias a esa transferencia de tareas entre instituciones. Pues en una concepción del Estado de derecho centrada en los derechos, los ciudadanos poseen derechos de los que carecen en una concepción centrada en las normas.

14 Manuel Cepeda explica que con anterioridad a la Carta del 91, en nuestro país no se podía hablar de una jurisdicción constitucional independiente, ya que entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado existía una distribución de competencias que llevaba a que no hubiera un mecanismo de unificación de la jurisprudencia en el ámbito constitucional, y hoy ese mecanismo existe (2007, p. 95).



Heteronomía de los pobres, paternalismo de la Corte, un asunto de minoría de edad colombiana

Se finaliza con el argumento, a nuestro parecer, más profundo, el telón de fondo de todos los anteriores (como también lo afirma Kalmanovitz) en la medida en que es una idea expresa, la menos de las veces, pero inconscientemente activa en el imaginario colectivo del país. Es a la vez el argumento que debate con la idea que se muestra al inicio de este trabajo. Aquí se parte de la base, por quien lo plantea, de que la autonomía se exige no se garantiza. Se culpa de la heteronomía de los ciudadanos pobres al paternalismo de los magistrados. Se habla de los pobres porque se señala que hay un grupo de privilegiados de la corte: que no son más que los desprotegidos, esos que Ralws denomina los menos desaventajados. Es un argumento que merece para sí mismo, un análisis superior al que se le puede brindar en este espacio. Se cita a Kalmanovitz:

Hay un problema más de fondo que es el paternalismo de la Corte Constitucional, que protege a sus escogidos, los tutela y los vuelve entes pasivos que no tienen que recurrir a la política para garantizar la defensa de sus intereses sino a los jueces. Confirma su estatus de menores de edad, sometidos a la voluntad de gobiernos malos y de magistrados buenos. [...] se requieren ciudadanos más autónomos y organizados, magistrados que no sean paternalistas, que sean más técnicos y menos caritativos, que interpreten la Constitución en forma más racional y menos dogmática, considerando que el logro de los derechos sociales es una tarea que debe adelantarse pero que puede tomar tiempo (Kalmanovitz, 2002, p. 9).

Al principio del trabajo se planteó el reconocimiento de los derechos positivos como fundamentales del hombre, y por tanto esenciales para una vida digna que garantice a cada ser humano el ejercicio de su ciudadanía, tiene esto un alto costo ideológico, más que económico, nos referíamos a este aspecto. Ya se ha planteado, que los derechos de libertades clásicas pueden ser tan costosos como los sociales, incluso más. Sin embargo, aún se sigue viendo a los primeros como una necesidad, y a los segundos como un gasto, el gasto social, un rubro inmerecido por quienes en vez de ganarse las cosas y participar en la contienda política, prefieren la pasividad, la minoría de edad y la protección de los jueces. Ese es el núcleo central del argumento, dar a los pobres es seguir con-

sintiendo su pasividad. Naturalmente, aquí no se está discutiendo la seguridad social, la vivienda digna, el mínimo vital y móvil, o la educación, de quienes tienen capacidad de cotizar o costearse sus necesidades básicas, sino la de quienes no la tienen.

Cuándo se hace referencia a los protegidos de la Corte se alude a los pobres y miserables (quienes viven en condiciones de miseria) y quienes en cifras actuales constituyen casi la mitad de la población ¿Hasta qué punto debe seguir mirándose la pobreza de la mayoría de los ciudadanos como problema y un gasto, tal como se ha venido haciendo? Se considera que el costo ideológico al que nos referimos es la negativa al interrogante anterior.

El principio de dignidad de los ciudadanos es imprescindible, tanto o más, que el de seguridad, porque de nada vale una sociedad segura con ciudadanos indignos, y consecuentemente sin posibilidad alguna de gozar de la autonomía que les permita ser verdaderos ciudadanos. Cuando la sociedad colombiana, y el Estado en su representación, garantice plenamente la autonomía de los ciudadanos, esto es, sus derechos positivos y negativos, su libertad de opinión, tanto como la alimentación, la salud y la educación para que realmente puedan hacerlo, solo entonces podrá exigírseles un ejercicio activo de su ciudadanía, y la correspondiente participación en política, no antes. A los seres humanos se les debe garantizar la autonomía, no exigírsela. La ubicación del Estado colombiano, en un contexto globalizado, en el que se supone que la humanidad comparte lugares comunes y pactos universales, incluye la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los derechos humanos.

En ese sentido, Colombia ha aceptado un compromiso universal de cumplirlos, y eso implica gestionar los recursos necesarios para ello. De la mano del compromiso universal adquirido por el Estado, ha estado la labor de la Corte Constitucional, guardando los principios constitucionales y los derechos humanos:

La importancia que la Corte le ha asignado al principio del Estado social de derecho fundado en el trabajo y la solidaridad. La segunda es la trascendencia que la Corte le ha dado al principio de dignidad humana que irradia toda la Carta de Derechos y que ha sido un referente permanente del control constitucional, así en algunos casos ello sea tan solo implícito (Cepeda, 2004, p. 13).

CONCLUSIONES

Un Estado de derecho entendido como una concepción centrada en los derechos se estructura necesariamente como el pilar teórico esencial para la materialización del Estado social de derecho en colombiano. Esto se deriva necesariamente de la exigencia de la misma Carta del 91 y de uno de los pilares fundamentales del Estado colombiano que es el respeto por la dignidad humana.

En este mismo sentido, también se requiere que los individuos tengan la posibilidad de exigir judicialmente los derechos sociales fundamentales. Y que mejor instrumento que la acción de tutela, como un mecanismo judicial capaz de solucionar conflictos que en la mayoría de casos no tienen una solución legal a plena vista, pero que son de tal trascendencia social, que el juez debe utilizar todas las herramientas que le proporcione el ordenamiento jurídico para dar una respuesta que en la mayor medida sea plausible.

Es entonces que la labor de la Corte Constitucional Colombiana cobra relevancia en tanto se ha constituido como un juez de tutela tipo Hércules Dworkiniano que ha contribuido sustancialmente al empoderamiento ciudadano en Colombia, y en consecuencia, al fortalecimiento de la democracia. Que si bien bajo las teorías políticas del voto popular, no encuentra su legitimación para la toma de decisiones políticas y económicas, son las circunstancias sociales, económicas, políticas, y de ineficiencia por parte de los demás agentes o instituciones estatales, las que han dotado paulatinamente de legitimidad en la solución de aporías sobre derechos sociales fundamentales a los jueces constitucionales, y de la mano con esto, su labor de preservar y salvaguardar la integridad y supremacía de la Constitución Política.

En esta misma línea, se tiende a pensar, que un juez constitucional no puede inmiscuirse en la política pública del Estado debido a la forma en que fueron elegidos y que no representan por lo tanto y de manera directa la voluntad popular, pero tal argumento se olvida como dicen Pérez, et al.

[...] las políticas públicas constituyen un complemento ideal de los esfuerzos que hacen los jueces por prevenir, proteger y realizar los derechos humanos, y que, a su vez, los derechos humanos establecen límites normativos para la elaboración y aplicación de las políticas públicas en una democracia constitucional (2012, p. 21).

Así las cosas, las políticas públicas en la actualidad exigen la presencia de un activismo judicial que las oriente y diseñe para permitir así que exista un mayor goce de los derechos humanos al interior del Estado, logrando de manera directa la mejor utilización de los recursos que son relativamente escasos de la mano con la satisfacción de los mínimos prestacionales de los derechos sociales fundamentales que es lo que hoy en día está concediendo la Corte Constitucional colombiana, y por lo cual es tan señalada y criticada. En este sentido, es fundamental la defensa que Ronald Dworkin realiza del rol de un juez comprometido con la primacía de los principios políticos en el Estado de derecho:

Cabe preguntarse si algún individuo determinado gana más poder del que pierde cuando los tribunales asumen la responsabilidad de decidir qué derechos políticos posee. [...] si los tribunales adoptan como responsabilidad especial la protección de los derechos individuales, las minorías ganarán poder político en la medida en que puedan tener un acceso efectivo a los tribunales, y en tanto las decisiones de los tribunales sobre sus derechos sean razonables. El beneficio para las mayorías, en estas condiciones, sería mayor en un sistema de revisión judicial de las decisiones legislativas.

[...] tal vez mi argumentación deje la impresión de que la democracia y el Estado de derecho están en guerra. Esto no es así; por el contrario, estos importantes valores políticos surgen de un ideal más fundamental, el de que todo gobierno aceptable debe tratar a las personas como iguales. El Estado de derecho, en la concepción que sostengo, enriquece la democracia aportándole un foro de principios independientes, y esto es importante no solo porque allí se puede hacer justicia, sino porque el foro confirma que la justicia es, en última instancia, una cuestión de derechos individuales y no una cuestión independiente del bien público (Dworkin, 2012, pp. 47-52).

Por lo tanto, es imperativo para un Estado como el colombiano, tener jueces de este tipo (jueces constitucionales de tutela tipo Hércules Dworkiniano) en la medida en que son los que van a interpretar, aplicar y garantizar en mejor forma los derechos de los asociados.

El tomar decisiones políticas y económicas por parte de un juez en un país como Colombia no llevará a lo que autores citados en este artículo llaman que el



“Estado sucumbirá”, debido a que los derechos sociales fundamentales más allá de verlos solamente como algo que genera un gasto público, se deben entender como producto inexorable de la condición humana, el poder tener acceso a la salud, a un trabajo, a una pensión, o simplemente el derecho al agua potable son condiciones mínimas que permiten tener y llevar una vida digna. Junto con esto, los avances y protecciones que se han dado hasta hoy por parte de la Corte Constitucional, no son más que reivindicaciones a las personas por derechos que se les fueron negados, de obligaciones básicas que el Estado colombiano debió subsanar o satisfacer y no lo hizo, y sin duda alguna a la gran omisión por parte de organizaciones e instituciones que no cumplen con el deber que la Constitución les encomendó. Más allá de hablar de legitimidad, de gasto público, de impacto económico, y de otros aspectos tocados en el desarrollo de esta investigación, es hora de empezar hablar de cumplimiento de obligaciones en los estadios que corresponden, de humanización en la toma de decisiones públicas y de contribución y mayor empoderamiento por parte de todos los sectores que integran a la sociedad.

Los Jueces de tutela colombianos, que se erigen como “Jueces tipo Hércules Dworkiniano”, son operadores judiciales que le atribuyen verdadero sentido al caso que tienen que resolver, porque logran descubrir que un caso no es más que la actualización, especificación y desarrollo de un sentido vigente en la sociedad y es lo que hoy vemos en materia de derechos sociales fundamentales en nuestro país. Así, la existencia de un juez activo en el plano de la economía de un país es cuestionable, políticamente hablando, pero es innegable la necesidad de los mismos cuando se comparan las decisiones tomadas con las necesidades por satisfacer de la población y la ineficacia de las autoridades instituidas en primera instancia para ello; no proponemos con lo esbozado hasta ahora un imperio absoluto de los jueces constitucionales, pero si apoyamos y defendemos la conveniencia absoluta de jueces tipo Hércules Dworkiniano en la toma de decisiones respeto a la garantía y protección de derechos sociales fundamentales, debido a que la figura del juez no puede desaparecer en un Estado contemporáneo porque “[...] más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es [...]” (Corte Constitucional de Colombia, T-406/1992, p. 11).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, V. & Courtis, C. (2002). *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Trotta.
- Arango, R. (2012). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Editorial Legis.
- Arango, R. (2001). *Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia. Aporte a la Constitución de un ius contitutionale commune en Latinoamérica*. Colombia. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/4.pdf>
- Berlín, I. (2004). Libertad positiva, mercados y Estado de bienestar. *Estudios de Filosofía y Derecho*, 7.
- Bernal, C. (2008). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bickel, A. (1962). *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press.
- Botero, C. (2005). *La acción de tutela En el Ordenamiento Constitucional colombiano*. Colombia. Recuperado de <http://uniciencia.ambientalex.info/infoCT/Acctutordconco.pdf>
- Bokēnforde, E. (2000). *Estudio sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta.
- Cepeda, M. (2004). *Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo*. Presentado em XXVII jornadas colombianas de derecho tributario, Cartagena de Indias, ICDT, Colombia.
- Cepeda, M. (2007). *Polémicas constitucionales*. Primera edición. Bogotá: Editorial Legis.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-406. (M. P. Ciro Angarita Barón. 05 de Junio de 1992).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-172. (M. P. José Gregorio Hernández Galindo; 4 de mayo de 1993).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-655. (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 5 de septiembre del 2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-081 de 2013. (M. P. María Victoria Calle Correa; 15 de febrero de 2013).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-371. (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 27 de junio del 2013).
- Escobar, S., Hernández, L. & Salcedo, C. (2013). El juez constitucional como garante de los derechos sociales en Colombia: una mirada crítica al activismo judicial de la Corte Constitucional de Colombia. *Universitas Studiantes*, 10, 125-155. Recuperado de <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4350738/7+el+juez+constitucional+125-156.pdf/6f7d3646-64d7-4f90-bab0-7a370cd777be>
- Escobar, G. (2005). *Introducción a la Teoría jurídica de los derechos humanos*. Madrid: Trama editorial.
- Díaz, T. (2009). *El derecho social fundamental a la salud en Colombia*. Cartagena: Editorial Universidad Libre, sede Cartagena.
- Dueñas, O. (2000). *Jurisprudencia humanista en el constitucionalismo económico*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa.



- Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Holmes, S. & Sunstein, C. (1999). *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York, London: W. W. Norton & Company.
- Kalmanovitz, S. (2002). *Formas de pensar jurídicas y económicas*. Recuperado de http://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/formasjuriyecon1.pdf
- Liévano, I. (2002). *Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia*. Bogotá. Intermedio Editores.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Editorial Legis.
- Morales, J. (2010). *La acción de tutela en Alemania y en Colombia*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Niebles, E. (2012). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Ediciones del Profesional.
- Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*. (1966). Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Pérez, L., Uprimny, R. & Rodríguez, C. (2012). *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Ediciones Antropos. Recuperado de <http://www.idep.edu.co/sites/default/files/libros/Los%20derechos%20sociales%20en%20serio%20Hacia%20un%20di%C3%A1logo%20entre%20derechos%20y%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas.pdf>
- Presidencia de la República de Colombia. Decretos 2591 de 1991. "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política". 19 de noviembre de 1991. "D. O" número 40.165
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 306 de 1992. "Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991". 19 de febrero de 1992. "D. O" 40344.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1382 de 2000. "Por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela". 12 de julio de 2000. "D. O" 44082 de 14-07-00.
- Quinche, M. (2009). *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Tercera edición. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Rodríguez, C. (2009). *Evaluando el impacto y promoviendo la implementación de las sentencias estructurales sobre DESC en Colombia*. Recuperado de https://docs.escri-net.org/usr_doc/Rodriguez-Colombia-esp%C3%B1ol.pdf.
- Uprimny, R. (1999). *Construyendo democracia. Control Constitucional, política económica y derechos sociales*. Mesa de promoción y defensa de la Constitución de 1991; Bogotá.