

ESTADO SOCIAL DE DERECHO/JUEZ DE TUTELA

El juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho.

CONSTITUCION POLITICA/VALORES CONSTITUCIONALES/PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La Constitución esta concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales.

JUEZ DE TUTELA-Facultades/DERECHOS FUNDAMENTALES-Efectividad

Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior 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 tutela.

DERECHOS FUNDAMENTALES-Concepto/ESTADO SOCIAL DE TUTELA

DERECHO/ACCION DE

Otro de los pilares del Estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido sino se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación.

Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. Para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo: 1) Conexión directa con los principios constitucionales; 2) Eficacia directa y 3) Contenido esencial.

DERECHOS FUNDAMENTALES-Interpretación/

DERECHOS DE APLICACION INMEDIATA

El carácter de fundamental no coincide con el de aplicación inmediata. Siendo así, es necesario distinguir entre derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata. Ante esta dificultad, corresponde a la jurisprudencia, y en especial a la Corte Constitucional, la definición de la naturaleza y alcance de los derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata.

PRINCIPIO DE SEPARACION DE FUNCIONES ENTRE ORGANOS DEL ESTADO

La doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con la formulación inicial. Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos. Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de los poderes, a partir de la cual el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que este, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados.

DERECHOS ECONOMICOS/DERECHOS SOCIALES/DERECHOS CULTURALES/ACCION DE TUTELA/JUEZ DE TUTELA- Facultades

La aceptación de la tutela para los derechos económicos, sociales y culturales, sólo cabe en aquellos casos en los cuales exista violación de un derecho fundamental de acuerdo con los requisitos y criterios de distinción anotados; sólo en estos casos, el juez puede, en ausencia de pronunciamiento del legislador, y con el fin de adecuar una protección inmediata del derecho fundamental, pronunciarse sobre el sentido y alcance de la norma en el caso concreto y, si es necesario, solicitar la intervención de las autoridades competentes para que tenga lugar la prestación del Estado que ponga fin a la violación del derecho. En tales eventos el juez debe tomar decisiones que consulten no sólo la gravedad de la violación del derecho fundamental a la luz de los textos constitucionales, sino también las posibilidades económicas de solución del problema dentro de una lógica de lo razonable, que tenga en cuenta, por un lado, las condiciones de escasez de recursos y por el otro los propósitos de igualdad y justicia social que señala la Constitución. En la mayoría de estos casos, una vez establecida la violación de un derecho fundamental, el juez se enfrenta a un problema de justicia distributiva.

REVISION FALLO DE TUTELA-Objeto/JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La revisión tiene, entre otras, la finalidad de servir de instrumento de fijación del sentido de los textos. Su alcance, por lo menos en términos prácticos, no se limita a la solución definitiva del caso que se presenta para su conocimiento, sino que va mucho más allá: sirve de pauta a todas las autoridades para la interpretación y aplicación de los derechos. Es innegable el valor pedagógico e incluso "normativo-general" de la jurisprudencia de tutela que crea la Corte Constitucional.

DERECHO A LA SALUBRIDAD PUBLICA/DERECHO AL SERVICIO DE ALCANTARILLADO/DERECHOS FUNDAMENTALES

El derecho al servicio de alcantarillado, en aquellas circunstancias en las cuales afecte de manera evidente derechos y principios constitucionales fundamentales, como son los consagrados en los artículos 1 (dignidad humana), 11 (vida) y 13 (derechos de los disminuidos), debe ser considerado como derecho susceptible de ser protegido por la acción de tutela. El hecho de haberse iniciado la construcción del alcantarillado desvirtúa la principal objeción para la efectiva aplicación del derecho a los servicios públicos fundamentales, cual es la falta de recursos económicos.

SENTENCIA DE JUNIO 5 DE 1992

REF. Expediente T-778

PETICIONARIO: José Manuel Rodríguez R.

PROCEDENCIA: Tribunal Administrativo de Bolívar

MAGISTRADO PONENTE:

CIRO ANGARITA BARON

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández ha pronunciado

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

La siguiente

SENTENCIA

En el proceso de acción de tutela promovido por el señor José Manuel Rodríguez Rangel contra el señor Enrique Chartuny González, gerente de las Empresas Públicas de Cartagenay resuelto en primera instancia y única instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos

Las Empresas Públicas de Cartagena iniciaron en 1991 la construcción del servicio de alcantarillado para el barrio Vista Hermosa de esa ciudad. Transcurrido un año y sin haber terminado su construcción fue puesto en funcionamiento, hecho este que ha producido el desbordamiento de aguas negras por los registros, ocasionando olores nauseabundos y contaminantes de la atmósfera de los residentes tanto del barrio en mención como del Campestre, ubicado a pocos metros de aquél.

El peticionario, residente del barrio Campestre, se ha visto afectado, puesto que su manzana se halla exactamente en frente de las obras inconclusas. A pesar de los varios requerimientos hechos a las Empresas para que terminen la obra, esta no se ha concluido.

La petición se encamina a que el Tribunal ordene a las entidades demandadas la continuidad de la obra hasta su terminación, o la adopción de alguna medida que tienda a proteger a los residentes del sector.

B. Fundamentos de la acción

Solicita el accionante que se tutele el derecho a la salubridad pública consagrado en el artículo 88 de la Constitución Nacional. Agrega, además, que el derecho al medio ambiente sano y a la salud de la población puede estar protegido por la tutela cuando se instaura como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así lo establece el artículo 6 del decreto 2591.

El peticionario solicita la tutela y no una acción popular tal como lo establece el artículo 88 de la Carta por razones que no aparecen de manera explícita en la demanda.

Ante todo debe tenerse en cuenta el hecho de que las acciones populares no han sido reglamentadas por la ley y, en consecuencia, aún no se puede hablar de ellas como de un mecanismo efectivo de protección de derechos colectivos; además, y en acuerdo con lo anterior, la violación del derecho colectivo señalado por el demandante, requería una protección inmediata, para lo cual la tutela constituye el mecanismo de protección más idóneo.

Agrega que, si bien es cierto que el Decreto Reglamentario 2591 de 1991 establece entre las causales de improcedencia contenidas en el artículo 6o. No 3, su inaplicabilidad cuando se quieran proteger derechos colectivos, este mismo hace una salvedad para aquellos casos en que el titular pretenda la protección de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

Enfatiza el accionante que lo que pretende con la acción es precisamente evitar un perjuicio irremediable. Si se reputara que éste ya está consumado, la acción sigue siendo procedente pues continúan los actos violatorios del derecho

Por otra parte, aclara que, si bien existen otros medios de defensa judicial como la acción de reparación directa ante lo contencioso administrativo, interpone la acción de tutela como mecanismo transitorio.

C. Decisión a revisar

Presentada la demanda ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, correspondió conocer de la demanda a la Dra. Olga Salvador de Vergel, como Magistrada ponente. Una vez admitida, solicitó al Gerente General de las Empresas Públicas Municipales de Cartagena un informe detallado sobre la construcción del alcantarillado, requerimiento éste que no fue atendido por dicho funcionario. Así mismo ordenó la práctica de una inspección judicial que se llevó a cabo el día seis de febrero de 1992 y en la cual se constató la existencia de un "registro de alcantarillado del cual brota una corriente de aguas negras de olores nauseabundos que inunda parte de la calle...".

Terminada la diligencia de inspección, procedió el Tribunal en sala plena a proferir su fallo, fundándose en las siguientes razones:

1."La acción de tutela sólo es procedente para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, que son los señalados expresamente en la Constitución Título II, Capítulo I." Apoya este razonamiento en el concepto emitido por el Consejo de Estado de fecha 5 Febrero de 1992, donde además se agrega la incompetencia de la Corte Constitucional para definir otros derechos como fundamentales, aparte de los contenidos en dicho título.

2. El accionante cita como violado el derecho contenido en el artículo 88 de la Constitución Nacional, que no se encuentra expresamente señalado como fundamental en la Constitución Nacional, lo cual lleva a la Sala a inaplicar por vía de la excepción de inconstitucionalidad lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2591 de 1991, que establece:

"... la posibilidad de utilizar por razón de su naturaleza en casos concretos el mecanismo de la tutela para derechos no contemplados como fundamentales por la Constitución, toda vez que dicha disposición desborda lo establecido en el artículo 86 de la Carta."

Razones estas suficientes a juicio de la sala para negar la protección invocada por el accionante.

Este fallo no fue objeto de impugnación. En cumplimiento de lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, el Tribunal Administrativo lo envió a la Corte para su eventual revisión.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La decisión del Tribunal de Bolívar plantea cuestiones de fondo en relación con la interpretación de los derechos fundamentales y la acción de tutela. Según el Tribunal, "la acción de tutela procede sólo para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales".

Los derechos que el peticionario considera violado -dice el Tribunal- son los establecidos en el artículo 88, que tienen como mecanismo de protección las acciones populares, así mismo se relacionan con dicha petición los artículos 49 sobre atención a la salud, saneamiento ambiental y el artículo 79 sobre derechos colectivos y del medio ambiente. Ninguno de estos artículos, concluye el Tribunal, pueden ser considerados como fundamentales por no estar en el capítulo primero del título segundo, en que están consagrados los derechos de este tipo.

En vista de la trascendencia del tema, no sólo por estar vinculado con lo esencial de la parte dogmática de la Constitución, sino también por la circunstancia de que en los actuales momentos, una definición sobre este tema es indispensable para la adecuada aplicación de los textos constitucionales, esta Sala de Revisión considera que es necesario un pronunciamiento de fondo sobre el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales y su relación con los derechos fundamentales. Pero antes, es indispensable una referencia a dos temas básicos, cuya definición será determinante para la delimitación de tales derechos. El primero de ellos se refiere al **alcance del estado social de derecho**, y el segundo a la **delimitación de los derechos fundamentales**.

I. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La fórmula del artículo primero de la Constitución, ampliada y respaldada a través de todo el texto fundamental, según la cual Colombia se define como un Estado social de derecho, es de una importancia sin precedentes en el contexto del constitucionalismo colombiano. Esta importancia amerita un pronunciamiento de la Corte sobre el alcance de este concepto y sobre su sentido e interpretación, no sólo en el contexto internacional -del cual sin duda alguna se nutrió la Asamblea Nacional Constituyente- sino en la Constitución misma, vista como una norma autónoma. Para ello ninguna ocasión tan oportuna como la que se refiere a la definición de los derechos económicos sociales y culturales y a su relación con el derecho de tutela.

A. Origen y delimitación conceptual

1. 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, esta presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto.

2. La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del **Estado bienestar** (welfare State, stato del benessere, L'Etat Providence) y lo segundo bajo el tema de **Estado constitucional democrático**. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente.

a. El estado bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975).

b. El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política¹

3. Estos cambios han producido en el derecho no sólo 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 hechos**. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de derecho.

4. La complejidad del sistema, tanto en lo que se refiere a los hechos objeto de la regulación, como a la regulación misma, hace infructuosa la pretensión racionalista que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente. En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema -planteado ya por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta **intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad**, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica.

5. Es justamente aquí, en esta relación entre justicia y seguridad jurídica, en donde se encuentra el salto cualitativo ya mencionado: El sistema jurídico creado por el Estado liberal tenía su centro de gravedad en el concepto de ley, de código. La norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema. **En el Estado intervencionista se desvanece buena parte de la importancia formal (validez) y de la importancia material (justicia) de la ley.**

6. La Constitución colombiana recoge ampliamente los postulados normativos del Estado social de derecho. Ello se comprueba no solo al repasar lo consagrado en la lista de los principios y de la Carta de derechos, sino también en la organización del aparato estatal. El artículo primero de la Constitución es la clave normativa que irradia todo el texto fundamental:

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

Por lo menos tres postulados se desprenden del artículo primero:

a) El Estado es definido a través de sus caracteres esenciales. Entre estos caracteres y el Estado la relación es ontológica: El Estado Colombiano **es tal**, en tanto sus elementos esenciales están presentes; no se trata de cualidades, capacidades o dotes del Estado, sino de su propia naturaleza, de su propio ser.

b) Los caracteres esenciales del Estado tienen que ver no solo con la organización entre poderes y la producción y aplicación del derecho, sino también y de manera especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales².

El sentido y alcance del artículo primero no puede ser desentrañado plenamente a partir de una interpretación reducida al análisis de su texto. Cada una de las palabras del artículo posee una enorme carga semántica, la cual a través de la historia del constitucionalismo occidental, se ha ido decantando en una serie de nociones básicas que delimitan su alcance y lo hacen coherente y razonable. Una interpretación que se aparte del contexto nacional e internacional en el cual han tenido formación los conceptos del artículo primero, puede dar lugar a soluciones amañadas y contradictorias.

En síntesis, la Constitución esta concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales.

B. Principios y valores constitucionales

7. Una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. Buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta.

a-. Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico³ pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.

De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradian todo el tramado institucional.

Su condición de valores fundantes les otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador, de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes. En vista de su naturaleza abierta, los valores constitucionales sólo tienen una eficacia interpretativa; la Corte Constitucional debe ser respetuosa de la prerrogativa legislativa que consiste en establecer el alcance general de los mismos. Esto no impide que la Corte pueda, e incluso deba, en ciertos casos, valerse de ellos para resolver una situación específica o para valorar otras normas o instituciones; sin embargo, ello sólo sería posible dentro de una interpretación global de los hechos y del derecho y no como normas de aplicación inmediata suficientes por sí solas para fundamentar la decisión judicial. Los valores son definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho, no son normas de aplicación directa que puedan resolver, aisladamente, un asunto.

b-. Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.

Los valores son **normas que establecen fines** dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son **normas que establecen un deber ser específico** del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta 4, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto.

C. Principios y Estado Social

8. El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228 ("Las actuaciones [de la administración de justicia] serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y **en ellas prevalecerá el derecho sustancial**").

9. Pero esta no es la única razón que explica el cambio anotado: el desarrollo de la democracia constitucional puso de presente que el órgano legislativo, depositario tradicional de legitimidad popular, debe estar acompañado del control jurisdiccional, que ha demostrado, a través de la historia del derecho constitucional moderno, ser el órgano más eficaz en la defensa de los derechos de los ciudadanos y los principios democráticos. Las dificultades derivadas del crecimiento desbordante del poder ejecutivo en el estado intervencionista y de la pérdida de liderazgo político del órgano legislativo, deben ser compensadas, en la democracia constitucional, con el fortalecimiento del poder judicial, dotado por excelencia de la capacidad de control y de defensa del orden institucional. Sólo de esta manera puede lograrse un verdadero equilibrio y colaboración entre los poderes; de lo contrario, predominará el poder ejecutivo.

La dispersión de intereses en la sociedad capitalista actual, ha diezmado la importancia del concepto de interés general, repercutiendo así en la legitimidad del órgano legislativo y de la ley misma. Esta deficiencia de la legitimidad tradicional ha sido compensada con el fortalecimiento de la capacidad estatal para crear consenso y para encontrar soluciones producto no solo del imperio de la ley sino también de la negociación y de la adecuación a las circunstancias específicas del conflicto. En estas condiciones, la idea de control judicial aparece como la clave funcional para evitar un desbordamiento de poder y para lograr una adaptación del derecho a la realidad social. Depositario de las ventajas propias del sabio alejado de la sociedad, que piensa en la objetividad de los valores y dotado de las ventajas de quien tiene el compromiso de tomar cotidianamente en consideración "la realidad viviente de los litigios", el juez está en plena capacidad, como ningún otro órgano de régimen político, de desempeñar ese papel 5. En síntesis, el control ejercido por jueces y tribunales en el Estado constitucional contemporáneo resulta siendo la fórmula para la mejor relación seguridad jurídica-justicia.

10. De lo dicho se deriva la idea de que el juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho 6.

D. El Estado social de derecho y los derechos fundamentales

11. La fórmula clásica del Estado liberal, en relación con la delimitación de los derechos fundamentales, consistía en establecer una lista de derechos pertenecientes a esta categoría. Una de las manifestaciones de la crisis del Estado constitucional en la segunda mitad del siglo veinte, consiste en afirmar que de nada sirve una buena lista de derechos si no se tiene en cuenta el proceso de aplicación. Según esta crítica, el problema fundamental de tales derechos se encuentra en la definición de las relaciones entre ellos y no en la enunciación de los que son. Es relativamente fácil ponerse de acuerdo en los derechos que son fundamentales - de hecho en los convenios internacionales existe tal acuerdo - pero es difícil saber, a priori, como se aplican. El asunto es: en caso de conflicto - y esto es lo mas corriente- entre dos o tres derechos, cuál debe tener prioridad ?. **El problema fundamental de los valores no es el de su enunciación sino el de su aplicación. Para la realidad del derecho es más importante establecer cuales son los criterios de interpretación y aplicación de las normas que establecer cuales es la lista de aquellas normas que pertenecen a una determinada categoría.**

Si lo esencial de la definición de los derechos fundamentales, se juega en el ámbito de la relación entre los mismos, esto trae como consecuencia: 1) que la definición a priori de todos los que son no tiene mayor importancia; 2) que esta tarea debe ser llevada a cabo por el juez, puesto que la relación entre los derechos es un dato que viene de los hechos (a través de la tutela); 3) de esta manera, en la relación texto constitucional-hecho social, se irá construyendo una nueva interpretación de la carta de derechos adecuada a una realidad propia del subdesarrollo (nuevo constitucionalismo para América Latina).

12. Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como **una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales.** En el sistema anterior 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 tutela 7.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

13. Otro de los pilares del Estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido sino se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación.

A. Debates en la Asamblea Nacional Constituyente

14. Sobre el concepto de derecho fundamental debatido en la Asamblea Nacional Constituyente hay pocas referencias. Casi todo el tema fue tratado bajo la rúbrica de los derechos humanos. Así se desprende de la ponencia de la subcomisión segunda de la comisión primera, cuando afirma: "para determinar los derechos que deben figurar en nuestra Carta constitucional se tuvo en cuenta la evolución del concepto de derechos fundamentales propiciada por las circunstancias históricas y políticas y por el desarrollo de los principios humanitarios"; Todo ello para tratar el tema bajo la clásica división de las tres generaciones de derechos humanos.

Otra forma de determinar el carácter de fundamental de un derecho debatida en la Asamblea fue la del concepto de **aplicación inmediata**. Esta vía fue defendida en la intervención hecha por el Ministro de Gobierno Humberto de la Calle Lombana en la sesión del 6 de Marzo ante la comisión primera al presentar el proyecto de gobierno: "... en nuestra opinión no se trata de establecer una escala de valores que discrimine unos derechos frente a otros, ... lo que el gobierno quiere señalar es que hay **unos derechos que son de aplicación inmediata, que no requieren la intermediación de la norma legal para que ellos tengan vigencia y por lo tanto permiten la utilización inmediata de los elementos de protección de los derechos...**". Según esto el derecho de tutela sólo podía ser aplicado frente a la violación de alguno de estos derechos considerados como de aplicación inmediata.

Pero fue en las sesiones plenarias donde se aclaró el punto: **La aplicación inmediata no agotaba la lista de los derechos fundamentales.** Para llegar a esta conclusión es necesario conocer el debate en plenaria sobre el artículo 85 de la Constitución . En sesión plenaria de junio 29 la comisión codificadora sometió a discusión un texto que hacía referencia a la acción de tutela, únicamente para aquellos derechos que se habían determinado como de aplicación inmediata, entre ellos la vida, la integridad personal, la honra, la igualdad, etc. Una vez finalizada la lectura se presentaron las interpelaciones en contra, por parte de algunos constituyentes; así expresó su inconformidad el Dr, Alvaro Echeverry Uruburu: "La comisión codificadora incurrió en una gravísima confusión; de suerte que confundió aplicación inmediata de los derechos que quiere decir **que hay derechos que simplemente basta su consagración en la Constitución para que tengan operancia y efectividad; que no necesitan ley que los reglamente...** y eso es una cosa distinta con el amparo o con el derecho de tutela como aquí se ha llamado, que obviamente está prescrito para unos derechos fundamentales, pero obviamente el error partió de allí, porque dice la comisión que se amparan con tutela, esos derechos de aplicación inmediata , es decir que no hay tal ley reglamentaria y otra cosa es que se diga cuales derechos van a ser amparados por la tutela **que esos si pueden ser reglamentados en la ley estatutaria respectiva...**".

Es precisamente en este punto donde es necesario entrar a establecer si realmente se quiso, por parte de los constituyentes, establecer un catálogo taxativo de derechos fundamentales, o, por el contrario, fue apenas una enunciación susceptible de ser ampliada a otros derechos que, a pesar de no ser tenidos bajo el título de fundamentales, pueden serlo por una interpretación que de ella se haga.

Un gran número de constituyentes pensaban que la carta de derechos fundamentales no podía ser taxativa, tema este que se debatió cuando se estaba votando el artículo referente a la acción de tutela. Se transcribe a continuación la intervención del Dr. Juan Carlos Esguerra en la sesión plenaria del 29 de junio:"... en el artículo de tutela que viene a continuación se estableció que a través de ese mecanismo se protegerían los derechos fundamentales, entonces, deliberadamente no incluimos allí una relación de los derechos fundamentales, porque la verdad es que quizá lo conveniente es dejarle esa labor al legislador más bien que al constituyente; hoy se reputan fundamentales algunos derechos que quizá mañana no lo sean, como mañana pueden llegar a tener ese carácter algunos que hoy no hemos imaginado, entonces yo sería partidario y así se lo sugerí al doctor Pérez Rubio, de que en esta norma corremos el riesgo de equivocarnos como ocurre con toda enumeración taxativa a nivel constitucional, se dejara que lo haga la ley... de manera...que la reglamentación debería comenzar por la determinación de cuales son los derechos que van a ampararse a través de ese mecanismo y no correr el riesgo de petrificar una serie de derechos, cerrando la posibilidad de que el día de mañana aparezcan otros; donde la ley podría determinar cuales tienen el carácter de fundamentales para efectos de la tutela..."

Posición está respaldada por el constituyente Fernando Carrillo quien expresó:" Respaldo la posición del Dr. Esguerra, porque si hay algún artículo que debe caracterizarse por la flexibilidad es precisamente este, dentro de las recomendaciones que hace la Comisión codificadora se encuentra además este criterio, que dice textualmente "no se excluye que la ley amplíe la tutela a otros derechos", pero el texto sugerido por ellos no se encuentra la expresión que permitiera la extensión de esa garantía a este tipo de derecho".

El constituyente Otty Patiño también respaldó la propuesta, agregando que sin embargo era una obligación consagrar constitucionalmente alguno de esos derechos.

Por otra parte el Dr. Jesús Pérez señaló: " aclaro lo siguiente, que en ninguna parte la comisión codificadora pretendió enviar a la ley a que reglamente nada, simplemente se permite que la ley extienda a otros derechos la protección del recurso de tutela..."

Así mismo otra forma para determinar la no taxatividad de los derechos fundamentales es aquella de dejarle al juez de tutela que determine, en últimas, si un derecho es fundamental o no. Frente a este tema encontramos alguna referencia hecha por el Constituyente Juan Carlos Esguerra al hacer su presentación sobre el mecanismo de la tutela para los derechos fundamentales cuando expresó: " La calificación de los derechos debe ser una prerrogativa del juez, y no de la Constitución Nacional..." (Gaceta Constitucional No 24 pag. 7)

15. Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. De otro lado para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo. A estos dos aspectos nos referimos en seguida.

B. Requisitos esenciales

1). Conexión directa con los principios

Como se señaló anteriormente, los principios constitucionales son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. En consecuencia, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios. De aquí se deriva el hecho de que toda la discrecionalidad otorgada a los órganos y creadores del derecho debe estar fundada a partir del hilo conductor de los principios. La movilidad del sentido de una norma se encuentra limitada por una interpretación acorde con los principios constitucionales. Los derechos fundamentales son, como todas las normas constitucionales, emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con estos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor evidencia. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio.

2). Eficacia directa

Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del sólo texto constitucional. Por lo tanto, en normas que poseen una "textura abierta", como por ejemplo las que establecen meros valores constitucionales, a partir de la cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podrían presentarse la garantía de la tutela. Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales.

Ahora bien, la eficacia directa no se reduce a los derechos de aplicación inmediata o a los derechos humanos de la llamada primera generación. En algunos casos los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser objeto de protección especial por medio de la tutela; tal es el caso del artículo 50 sobre los derechos de los niños; los derechos consagrados en el inciso segundo del artículo 53 sobre principios mínimos fundamentales de los trabajadores; el derecho establecido en el artículo 73 sobre obtención de información contenida en documentos públicos.

Igualmente pueden ser objeto de tutela casos en los cuales el juez considere que una prestación del Estado consagrada como derecho económico, social o cultural, o la falta de ella, ponga en entredicho de manera directa y evidente un principio constitucional o uno o varios derechos fundamentales, de tal manera que, a partir de una interpretación global, el caso sub judice resulte directamente protegido por la Constitución. Es importante tener en cuenta que la eficacia de las normas constitucionales no se puede determinar en abstracto; ella varía según las circunstancias propias de los hechos: una norma de aplicación inmediata (art. 85) puede tener mayor o menor eficacia dependiendo del caso en cuestión; lo mismo un valor o un principio. El juez debe encontrar, en la relación hecho-norma la decisión más razonable, no sólo desde el punto de vista jurídico sino también desde el punto de vista fáctico.

De acuerdo con esto, la enumeración del artículo 85 no debe ser entendida como un criterio taxativo y excluyente. En este sentido es acertado el enfoque del artículo segundo del decreto 2591 de 1991 cuando une el carácter de tutelable de un derecho a su naturaleza de derecho fundamental y no a su ubicación.

3). El contenido esencial

Existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas. El concepto de "contenido esencial" es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan.

Según esto, quedan excluidos aquellos derechos que requieren de una delimitación en el mundo de las mayorías políticas. Los derechos sociales, económicos y culturales de contenido difuso, cuya aplicación está encomendada al legislador para que fije el sentido del texto constitucional, no pueden ser considerados como fundamentales, salvo aquellas situaciones en las cuales en un caso específico, sea evidente su conexidad con un principio o con un derecho fundamental.

C. Criterios de distinción

1). Analíticos

a) La consagración expresa

En relación con algunos derechos, el constituyente señaló en forma expresa su voluntad de consagrarlos como fundamentales. Es el caso de los derechos establecidos en el capítulo primero del título segundo de la Constitución e igualmente del artículo 44 sobre los derechos de los niños.

El carácter de fundamental no coincide con el de aplicación inmediata. Siendo así, es necesario distinguir entre derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata. Ante esta dificultad, corresponde a la jurisprudencia, y en especial a la Corte Constitucional, la definición de la naturaleza y alcance de los derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata.

Algunos exconstituyentes sostienen que los títulos y subtítulos de la Constitución no tienen el carácter de norma jurídica y como tal no delimitan el ámbito de los derechos fundamentales. Tales títulos fueron obra de la Comisión Codificadora y no voluntad jurídicamente significativa de la Asamblea. De ahí que estimen también que el artículo 85 de la Constitución no tiene alcance práctico y resulta inócua a causa de su conflicto con el artículo 86.

b). La remisión expresa.

En otros casos, tal como sucede con los derechos humanos y con la prohibición de limitarlos en los estados de excepción, el constituyente ha estimado conveniente remitirse a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, para reconocer su prevalencia en el orden interno, no sólo en cuanto a su texto mismo sino como pauta concreta para la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución de 1991 (art. 93).

En este caso la Constitución colombiana parece adoptar el sistema español (const. art.10), según el cual el derecho internacional ratificado prevalece en aquellos casos en los cuales contenga normas que ofrezcan mayores garantías que las normas nacionales. La remisión parece ser ante todo interpretativa, a diferencia del sistema italiano en el cual existe una remisión de alcance más profundo: las normas, en los casos señalados, hacen parte del texto constitucional.

c). La conexión directa con derechos expresamente consagrados.

Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos.

d). El carácter de derecho inherente a la persona

En ocasiones, la existencia de un derecho fundamental no depende tanto de un reconocimiento expreso por parte de los creadores de la norma constitucional, como de una interpretación sistemática y teleológica a partir de las cuales se mire el ordenamiento en su conjunto, o la norma de acuerdo con su consagración implícita

De aquí la importancia del artículo 94 de la Constitución según el cual, la enumeración de la carta de derechos no debe entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes al hombre no figuren expresamente en la Constitución o en los convenios internacionales vigentes. Esta disposición concuerda con el sentido amplio y dinámico que debe tener el concepto de derecho fundamental en el Estado social. En otros términos: los criterios que determinan el carácter de fundamental de un derecho, sobrepasan la consagración expresa y dependen de la existencia de un consenso, histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza específica de un derecho, con todas sus implicaciones relativas al contenido esencial, a la conexión con los principios y a la eficacia directa. Por eso el criterio de la consagración expresa es insuficiente.

2). Fácticos

a) Importancia del hecho

La relación jurídica mencionada entre valor fundamental o vinculado con un valor fundamental (salud, propiedad, posesión, competencia económica, etc.) y aplicación problemática, determina un camino específico para la construcción conceptual de estos derechos. Este camino es principalmente inductivo; será a través de la interpretación que los jueces hagan de la relación entre los textos y los hechos que se vayan presentando, como se irá construyendo la delimitación de los derechos mencionados. Por lo pronto, los jueces y la Corte cuentan, para su interpretación, por un lado, con el texto constitucional, con el catálogo de valores que se desprende de los principios constitucionales y que alimenta toda el saber del constitucionalismo occidental y de la doctrina sobre el Estado social de derecho, y por el otro con una realidad social colmada de dificultades económicas, atropellos y violaciones a los derechos humanos y con unas instituciones venidas a menos en su capacidad reguladora. A partir de estos dos elementos, normas y hechos, el juez constitucional debe ir construyendo una interpretación razonable de la carta de derechos; esto quiere decir que el resultado final de la interpretación debe tener en cuenta las dificultades estructurales de la realidad económica colombiana sin que dichas dificultades hagan inocua la voluntad constituyente de construir, **desde el presente**, una sociedad más justa, más libre y más democrática, tal como lo establece el preámbulo de la Carta.

De conformidad con lo anterior, en aquellas situaciones en las cuales la norma constitucional se encuentra en franca contradicción con hechos generalizados e irremediables en un futuro próximo por la falta de recursos económicos ¿como por ejemplo la mortalidad infantil por carencia de agua potable- el juez, sin desconocer los mandatos constitucionales -en este caso el artículo 366 sobre prioridad del gasto público social- debe apreciar los límites impuestos por las posibilidades económicas, de tal manera que su decisión no se convierta en un bendición al "statu quo", pero tampoco en una orden que imponga un cambio imposible de llevar a la práctica sin cambiar las reglas estructurales de la economía. En este punto adquiere especial significación todos los desarrollos contemporáneos alrededor de la idea del juez como instrumento de paz social y como pieza central de un orden democrático basado en el consenso.

2) Carácter histórico

Por otra parte, la categoría de derecho fundamental posee también un carácter histórico. Dos implicaciones se derivan de este postulado: a). No todos los derechos fundamentales lo han sido en todos los tiempos y algunos de ellos bien han podido tener este carácter en forma transitoria y luego perderla, todo ello de acuerdo con la evolución de la sociedad civil, y b). La entidad de fundamental de un derecho se encuentra ligada al estado de la representación colectiva sobre el tema. Vale decir, la visión que la sociedad tiene de dichos derechos.

III. LOS DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES

A. Su naturaleza jurídica

16. La carta de derechos de la Constitución colombiana es especialmente generosa en lo que se refiere a los derechos sociales, económicos y culturales, consagrados en el capítulo segundo del título segundo. Mucho se ha discutido sobre el carácter normativo de los mismos. Las opiniones se dividen entre quienes otorgan naturaleza normativa a tales derechos, haciendo de ellos plenos derechos constitucionales y quienes consideran que se trata de enunciados programáticos que sólo adquieren la condición de normas jurídicas cuando el legislador los desarrolle a través de la ley. En lo que sigue de este fallo se defenderá una posición intermedia, en concordancia con lo anotado anteriormente sobre estado social y principios constitucionales.

La mayoría de los derechos en referencia implican una prestación por parte del Estado y por lo tanto una erogación económica que por lo general depende de una decisión política. Con base en esto, se sostiene que los enunciados constitucionales que recogen tales derechos no pueden ser objeto de decisiones judiciales hasta tanto el Congreso no haya expedido la legislación necesaria para aplicarlos; de lo contrario, se dice, el juez estaría ocupando terrenos que no le corresponden de acuerdo con la doctrina de la separación de los poderes. Esta fue la solución que la doctrina colombiana e internacional dio al asunto mencionado, a la luz de los postulados del estado de derecho liberal clásico. Sin embargo, los nuevos postulados del Estado social y las nuevas relaciones jurídicas derivadas del Estado bienestar imponen un cuestionamiento de esta solución.

17. En primer lugar, es necesario advertir que los derechos económicos sociales y culturales, promovidos a nivel constitucional durante las primeras décadas del siglo y conocidos como la segunda generación de derechos humanos, no han sido incorporados al ordenamiento jurídico de las democracias constitucionales simplemente por ser considerados como un elemento adicional de protección. La razón de ser de tales derechos está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Dicho de otra forma: sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia, o en términos del artículo primero de la Constitución, sin el respeto "de la dignidad humana" en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocuo formalismo, irónicamente descrito por Anatole France cuando señalaba que todos los franceses tenían el mismo derecho de dormir bajo los puentes. Sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos son una mascarada. Y a la inversa, sin la efectividad de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales son insignificantes 8.

18. Por otra parte, la doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con la formulación inicial. Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos.

Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de los poderes, a partir de la cual el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que este, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados.

B. La falta de intervención del legislador

19. Dicho esto, el dilema que se impone es el siguiente: ante la falta de intervención legislativa que desarrolle los derechos-prestación del capítulo segundo título segundo de la Constitución, debe el juez permanecer a la espera de que se produzca dicho desarrollo, y en tal caso, considerar los textos que consagran tales derechos como desprovisto de fuerza normativa, o por el contrario, debe el juez definir el contenido de tales derechos, anticipándose al legislador y aplicándolos de manera directa a partir del propio texto constitucional ?.

Ante este dilema el juez debe actuar con prudencia y firmeza a la vez. En primer lugar, la intervención judicial en el caso de un derecho económico social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental. En estas circunstancias, el juez actúa bajo condiciones similares a aquellas que se presentan cuando debe resolver un problema relacionado con un vacío o una incoherencia de la ley. Es claro que en todos estos casos el juez decide algo que en principio le corresponde al legislador. Sin embargo, en estas precisas condiciones, la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir, implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional.

La solución opuesta - es decir la que supone la no intervención judicial- desconoce los valores y principios constitucionales que consagran la efectividad de los derechos (art.2: "Son fines esenciales del Estado: **servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados...**"; Art. 5 "El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables..."; Art 13 inc. 2:" El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva...") y desconoce la prevalencia del derecho sustancial sobre los procedimientos, consagrada en el artículo 228.

20. Pero quizás lo más grave de la solución que se comenta consiste en el desconocimiento del artículo cuarto de la Constitución, en el cual se afirma que "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". Este artículo no solo plantea un asunto relacionado con la validez de las normas constitucionales, también prescribe una clara definición en cuanto a su efectividad.

Con independencia de la función programática-finalista y de la función simbólica que sin duda ocupan un lugar importante en los preceptos sobre fines y valores, **la Constitución es una norma jurídica del presente y debe ser aplicada y respetada de inmediato. Por esta razón , sostener que los derechos sociales, económicos y culturales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, es no sólo una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución. Si la responsabilidad de la eficacia de los derechos mencionados estuviese sólo en manos del legislador, la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa.**

Es más razonable pensar que el constituyente quiso otorgarle verdadero carácter normativo a los textos del capítulo segundo título segundo, entregándole al legislador la prerrogativa de discrecionalidad política en la materia pero facultando al juez para ejercer dicha discrecionalidad, limitada a casos concretos, en ausencia de ley. De esa manera se logra el respeto de las prioridades en materia de delimitación política de los textos fundamentales y el respeto de la superioridad jurídica de la Constitución sobre la ley. De esta manera se logra -parafraseando a Herbert Kruger- que las leyes valgan en el ámbito de los derechos fundamentales en lugar de que los derechos fundamentales sólo valgan en el ámbito de la ley 9 .

C. La justicia distributiva

21. Ahora bien, la aceptación de la tutela para los derechos en cuestión, sólo cabe en aquellos casos en los cuales exista violación de un derecho fundamental de acuerdo con los requisitos y criterios de distinción antes anotados; sólo en estos casos, el juez puede, en ausencia de pronunciamiento del legislador, y con el fin de adecuar una protección inmediata del derecho fundamental, pronunciarse sobre el sentido y alcance de la norma en el caso concreto y, si es necesario, solicitar la intervención de las autoridades competentes para que tenga lugar la prestación del Estado que ponga fin a la violación del derecho.

22. Está claro que, en tales eventos el juez debe tomar decisiones que consulten no sólo la gravedad de la violación del derecho fundamental a la luz de los textos constitucionales, sino también las posibilidades económicas de solución del problema dentro de una lógica de lo razonable, que tenga en cuenta, por un lado, las condiciones de escasez de recursos y por el otro los propósitos de igualdad y justicia social que señala la Constitución. En la mayoría de estos casos, una vez establecida la violación de un derecho fundamental, el juez se enfrenta a un problema de justicia distributiva. Como se sabe, los elementos de juicio para definir este tipo de justicia no surgen de la relación misma entre los sujetos involucrados -el Estado y el ciudadano- sino que requieren de un criterio valorativo exterior a dicha relación (Aristóteles....). La aplicación de los derechos económicos sociales y culturales plantea un problema no de generación de recursos sino de asignación de recursos y por lo tanto se trata de un problema político¹⁰ .

En ocasiones la norma constitucional proporciona este criterio. Así, por ejemplo, el artículo 366 es muy claro cuando afirma que en "los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación". Sin embargo, es posible que ella no sea lo suficientemente iluminadora para resolver el caso sin llegar a consecuencias inaceptables o imposibles de llevar a cabo. En consecuencia, es necesario que el juez haga uso de la "lógica de lo razonable" ¹¹ de tal manera que la solución final que adopte sirva, ante todo, para proteger el derecho violado, y además tenga en cuenta las condiciones financieras de los entes públicos. Si fuese necesario dar elementos de juicio en abstracto sobre la justicia distributiva -cuestión de por si temeraria- se podría recurrir al principio de igualdad, ampliamente debatido en la teoría de la justicia de las últimas décadas, a partir del cual toda distribución de recursos, para ser justa, deba mejorar al menos la condición de los más desfavorecidos ¹² . Dicho en otra perspectiva, la justicia distributiva debe ser planteada como un problema de repartición -de asignación por parte del Estado- de recursos nuevos disponibles, cuyo resultado final, cualquiera que sean los beneficiarios o los afectados por tal repartición, no desmejore la situación de aquellos que poseen menos recursos. Esta interpretación, por lo demás se encuentra en plena armonía con lo prescrito en el artículo 13 inciso segundo:

"El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

"El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

23. Los reparos que pueda suscitar esta posición, en el sentido de que se llegaría a una enorme dispersión jurisprudencial en vista del carácter abiertamente político del contenido de las decisiones, pueden ser despejados si se tiene en cuenta la importante fuente de seguridad jurídica que se desprende del mecanismo de revisión de tutelas por parte de la Corte Constitucional y consagrado en el numeral 9 del artículo 241 de la Carta. Como se sabe, la revisión tiene, entre otras, la finalidad de servir de instrumento de fijación del sentido de los textos. Su alcance, por lo menos en términos prácticos, no se limita a la solución definitiva del caso que se presenta para su conocimiento, sino que va mucho más allá: sirve de pauta a todas las autoridades para la interpretación y aplicación de los derechos. Es innegable el valor pedagógico e incluso "normativo- general" de la jurisprudencia de tutela que crea la Corte Constitucional y su importancia y alcance apenas empiezan a vislumbrarse en el panorama jurídico nacional.

IV. EL DERECHO A LA SALUBRIDAD PUBLICA

A. La salubridad publica y la Constitución

24. La Comisión Quinta de la Asamblea estuvo encargada de estudiar los derechos económicos, sociales y ecológicos. Desde el inicio de los debates la preocupación básica de la Comisión se centró en la necesidad de establecer una "concepción de los ciudadanos como iguales ante la vida y no únicamente como iguales ante la ley" 13 . Este propósito quedó consignado en la Constitución en el artículo 366:

"El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de la vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable".

La Comisión Quinta consideró además que "en Colombia el sector social no ha sido entendido como un pilar fundamental del desarrollo y, en consecuencia ha sido sistemáticamente discriminado desde los puntos de vista político y presupuestal". Para remediar esta situación era necesario que la finalidad social tuviese un cumplimiento permanente, anticipatorio y prioritario 14 .

25. Como consecuencia de estos planteamientos la Constitución estableció en su artículo 365 inciso 1, una vinculación esencial entre el Estado social de derecho y la prestación de los servicios públicos:

"Artículo 361: Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio"

En concordancia con esto, el artículo 366 consagra **la prioridad del gasto público social:**

"Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de la vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación"

Al respecto el exconstituyente Antonio Yepes Parra, en la opinión sobre el tema solicitado por el magistrado sustanciador, sostiene que la prioridad del gasto público social no está consagrada en "un par de disposiciones aisladas de la Carta; sino que hacen parte de una clarísima intención del constituyente de reorientar el gasto público: el situado fiscal (art. 356, inciso 2) se destina a la salud y a la educación; la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación (art. 357, inciso 1) debe financiar áreas prioritarias de inversión social ; y las rentas provenientes de los monopolios departamentales, de juegos de suerte y azar y de licores (art. 336), incisos 4 y 5) la salud y la educación."

En términos globales -dice el doctor Yepes Parra- " En la Constitución de 1991 la salud superó el estrecho concepto de asistencia pública que traía la Carta de 1886". Esto se manifiesta a través de diferentes artículos de la Constitución, entre los cuales sobresalen los siguientes: Art. 13, sobre protección especial a los débiles; Art. 44 sobre el derecho fundamental a la salud de los niños; el artículo 49 que establece la atención a la salud y al saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado; el artículo 64 sobre acceso progresivo de los trabajadores agrarios a los servicios de salud y el artículo 78 relativo a protección de la salud de los consumidores.

B. La importancia del servicio de alcantarillado

26. En respuesta a varios interrogantes sobre la importancia de la salud pública y su vinculación con el derecho a la vida, el doctor John A. Flórez Trujillo, Vicedecano de la Facultad Nacional de Salud Pública Héctor Abad Gómez, sostiene que entre las causas principales de enfermedades diarreico-agudas se encuentran, "en primer lugar la carencia de agua potable, y en segundo lugar la falta de una adecuada disposición de excretas (alcantarillado, pozos sépticos, tazas sanitarias). En 1984, agrega el doctor Flórez, la primera causa inmediata de mortalidad en niños entre 1 y 4 años fueron las enfermedades infecciosas intestinales (en su mayoría enfermedades diarreicas) En la lista de las diez primeras causas también figura otra enfermedad asociada con el deficiente estado sanitario, la helmintiasis. La segunda enfermedad más importante que afecta a la población infantil son las infecciones intestinales".

"El hecho de que la comunidad -concluye el doctor Florez- no tenga servicio de alcantarillado, o lo tenga pero no funcionando adecuadamente, se constituye en un factor de riesgo grande para la salud de la comunidad expuesta a dicha situación". Como se deduce claramente de las estadísticas anotadas, la expresión "factor de riesgo grande" utilizada por el doctor Flórez, no se refiere a otra cosa que al riesgo de muerte.

27. Por otro lado, el Tribunal de Bolívar, en una interpretación apresurada concluye que los derechos fundamentales son sólo los enumerados en el capítulo primero del Título segundo. Quizás la idea del Tribunal era la de sostener que tales derechos son aquellos definidos por el artículo 85 como derechos de aplicación inmediata. Pero aún si esta fue la idea que quiso expresarse y que no está explícita en el razonamiento del Tribunal, su validez es cuestionable de acuerdo con todo lo dicho anteriormente sobre el carácter abierto de dicho concepto, claramente establecido en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente.

En consecuencia, el derecho al servicio de alcantarillado, en aquellas circunstancias en las cuales afecte de manera evidente derechos y principios constitucionales fundamentales, como son los consagrados en los artículos 1 (dignidad humana), 11 (vida) y 13 (derechos de los disminuidos), debe ser considerado como derecho susceptible de ser protegido por la acción de tutela. Siendo ello así y teniendo en cuenta, de un lado, las consideraciones de los expertos doctores Yepes Parra y John Flórez, y del otro, el hecho de que se trate de una situación de carencia claramente comprobada en el barrio de Vista Hermosa en Cartagena, con previsibles consecuencias nefastas para los habitantes del barrio. Esta Sala de Revisión considera que se trata de una clara violación a un derecho fundamental. El alcantarillado inconcluso ha ocasionado el desbordamiento de las aguas negras sobre las calles del barrio. Es importante, además, que se trata de un barrio de clase baja, (estrato 2 según información obtenida en planeación municipal de Cartagena) y que por lo tanto los recursos económicos para afrontar el problema son presumiblemente insuficientes lo que lleva a pensar que las condiciones de higiene y salubridad deben ser precarias.

28. La violación del derecho de los habitantes del barrio Vista Hermosa a la salubridad pública adquiere una connotación especial por el hecho de haber sido iniciada la construcción del alcantarillado para luego ser suspendida. La decisión de construir el alcantarillado y el inicio de los trabajos correspondientes constituye una respuesta positiva a las demandas populares cuyo incumplimiento crea una frustración adicional en la población.

Por otro lado, el hecho de haberse iniciado la construcción del alcantarillado desvirtúa la principal objeción para la efectiva aplicación del derecho a los servicios públicos fundamentales, cual es la falta de recursos económicos. En efecto, cuando se tomó la decisión de construir, ella debía estar respaldada en una disponibilidad presupuestal. Las Empresas Públicas de Cartagena nunca se manifestaron durante el proceso de la acción de tutela - a pesar de haber sido citados por el juez- para explicar causas excepcionales que hubiesen impedido la terminación de los trabajos, lo cual da la impresión de una clara negligencia en el tratamiento de este asunto.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional,

RESUELVE

PRIMERO. -REVOCAR la providencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar del doce (12) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992), por las razones expuestas en la sentencia, y en su lugar

SEGUNDO. -ORDENAR a las Empresas Públicas de Cartagena la terminación de la construcción del alcantarillado del barrio Vista Hermosa. Dicha terminación deberá llevarse a cabo dentro de un plazo razonable que no exceda de tres meses. Mientras ello ocurre debe adoptar, inmediatamente, medidas provisionales idóneas, encaminadas a la cesación de las molestias y perjuicios que se están ocasionando a los habitantes del barrio.

TERCERO. -En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias, siempre que se dejen obras inconclusas que afecten la salubridad pública, la doctrina constitucional señalada en esta sentencia tendrá carácter obligatorio para todas las autoridades, en los términos del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991

CUARTO. - ORDENAR que por Secretaría se comuniquen esta providencia al Tribunal Administrativo de Bolívar , en la forma y para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CIRO ANGARITA BARON

Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

-Aclaración de voto-

Sentencia aprobada por acta No 1 de la Sala Primera de Revisión, en Santafé de Bogotá, a los cinco (5) días del mes de junio de mil novecientos noventa y dos (1992)

ACLARACION DE VOTO A LA Sentencia No. T-406

ACCION POPULAR/ACCION DE TUTELA TRANSITORIA/PERJUICIO IRREMEDIABLE
(Aclaración de voto)

Este caso encaja mejor dentro de la previsión consagrada en el artículo 88 de la Constitución, relativo a las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza.

He votado favorablemente la ponencia por cuanto se trata de acción de tutela usada únicamente como mecanismo preventivo para evitar un perjuicio irremediable y tomando en consideración el peligro que afrontan derechos fundamentales como la vida y la salud de quienes habitan la zona afectada.

Ref.: Expediente T-778

Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón

Santafé de Bogotá, D.C., junio diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Debo aclarar mi voto en el asunto de la referencia en los siguientes sentidos:

El presente caso encaja mejor dentro de la previsión consagrada en el artículo 88 de la Constitución, relativo a las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza.

Tales asuntos no deberían ser objeto de acciones de tutela, pues esta última institución ha sido concebida con otros fines, específicamente relacionados con la protección de los derechos fundamentales.

Pese a lo anterior, he votado favorablemente la ponencia por cuanto se trata de acción de tutela usada únicamente como mecanismo preventivo para evitar un perjuicio irremediable, lo cual está autorizado de modo expreso por el artículo 6o., numeral 3o., del Decreto 2591 de 1991 y tomando en consideración el peligro que afrontan derechos fundamentales como la vida y la salud de quienes habitan la zona afectada.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

-Magistrado-

¹ Manuel Aragón Reyes, Constitución y Democracia, Tecnos, Madrid, 1989

2 Luciano PAREJO ALONSO, "Constitución y valores del ordenamiento, en Estudios sobre la Constitución Española, Cívitas, Madrid, 1991.

3 R. Dworkin, Questioni di principio; Il Saggiatore, Milano 1985, p. 5 y ss

4 Hans Peter Schneider, Democracia y Constitución, C.E.C, Madrid, 1991, p. 48

5 Alexander Bickel The least dangerous branch, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962

6 Capelletti, Le pouvoir des juges, Press Universitaire d'aix-Marseille, 1990, p. 35

7 H.L. Hart, El concepto del derecho, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, 125 y ss

8 Cfr .Gross Espiell, Los derechos económicos, sociales y culturales, 1986

9 Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, 1950, p. 12

10 Luis F Jimenez, Los derechos económicos en América latina. Otros enfoques; en Derechos económicos y desarrollo en América Latina; IIDH, 1990

11 Por ejemplo en Chaim Perelman, Logique juridique, Dalloz, Paris, 1979

12 John Rawls, Teoría de la Justicia, F.C.E., 1968.

13 Gaceta Constitucional N. 83, p. 4, columna 3

14 Gaceta Constitucional N. 78, p. 2