

# LA SUBJETIVACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DESDE LA DISCUSIÓN POLÍTICA DEL CONSTITUCIONALISMO Y LAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Subjectivation of Economic, Social and Cultural Rights  
from the Political Discussion of Constitutionalism and  
Decisions of the Colombian Constitutional Court

HERNÁN DARÍO MARTÍNEZ HINCAPIÉ<sup>1</sup>  
Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín  
hernan.martinezhi@unaula.edu.co

## *Cómo citar/Citation*

Martínez Hincapié, H. D. (2016).

La subjetivación de los derechos económicos, sociales y culturales desde la discusión política del constitucionalismo y las decisiones de la Corte Constitucional colombiana.

*Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 20, 193-221.  
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.07>

## **Resumen**

El escrito pretende evidenciar las discusiones que se ciernen sobre las decisiones de la Corte Constitucional colombiana alrededor de la subjetivación de los derechos

---

<sup>1</sup> Abogado, docente investigador de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín. Magister en Derecho, colabora en el grupo de investigación Ratio Juris. Este artículo es resultado del proyecto de investigación “El panorama del derecho al trabajo en el modelo neoliberal propuesto por TLC entre Colombia y EEUU”, financiado por la Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín.

económicos, sociales y culturales (DESC) en contextos de un Estado social de derecho y las falencias que discurren en dichas sentencias constitucionales. Igualmente plantea la naturaleza política del contenido de los DESC como derechos plenos en términos constitucionales. Acudo a algunos referentes doctrinarios y jurisprudenciales europeos para plantear mis argumentos y la discusión.

### ***Palabras clave***

Derechos subjetivos; derechos económicos, sociales y culturales; Estado social y constitucional de derecho; derechos humanos; Corte Constitucional de Colombia.

### ***Abstract***

The paper aims to highlight threads that hang on the decisions of the Colombian Constitutional Court about the subjectivity of economic, social and cultural rights (ESCR) in the context of a social state of law and the shortcomings that run in these constitutional rulings. Also it raises the political nature and neoliberal background that affects the consolidation of ESCR as full rights in constitutional terms. I turn to some European doctrinal and jurisprudential references to raise my arguments and discussion.

### ***Keywords***

Subjective rights; economic; social; and cultural rights; social and constitutional state; human rights; Constitutional Court.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO Y SUS DETERMINACIONES SOCIOJURÍDICAS. III. LA IMPRESCINDIBLE NATURALEZA POLÍTICA DE LOS DESC. IV. BREVE REFERENCIA DEL APOORTE EUROPEO A LA SUBJETIVACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES. V. ANÁLISIS DE LA SUBJETIVACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LA CRÍTICA A SUS PREMISAS. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

---

### I. INTRODUCCIÓN

La tendencia más aceptada, histórica y teóricamente para rechazar la subjetivación de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC), es la marcada predisposición por orientar los derechos humanos en el mundo contemporáneo desde una ideología liberal clásica desde un individualismo posesivo. En consonancia con el anterior el contexto actual de la neoliberalización del mundo social, político, normativo y cultural ha influenciado la fundamentación de los derechos humanos y la libertad a partir de la apoliticidad de los derechos siempre que los mismos estén asegurados por el Estado (Harvey, 2007: 45). Como consecuencia de lo anterior se ha agudizado la crisis del Estado de bienestar y los DESC incorporando nuevas críticas a la pretensión de subjetivar los derechos sociales como derechos fundamentales.

En aquel afán de dotar de subjetividad a los DESC, la determinación de las obligaciones que involucran tales derechos se pueden hallar no solo por su delimitación en leyes, sino también en sentencias, principios y normas constitucionales. Para ello las inferencias e interpretaciones de los actores judiciales deben ser tan amplias como las necesidades de intervención lo requieran, incluso si no existe mecanismo judicial que permita la presentación de tales reclamaciones; no obstante la ausencia de acciones judiciales no son más que un reflejo de la mencionada ideologización del derecho subjetivo, propia de un liberalismo político posesivo y egoísta que ha dado origen al neoliberalismo.

En Colombia, ha sido la Corte Constitucional la que ha implementado, especialmente después de 2003, los criterios propios de los derechos subjetivos a la defensa de los DESC desde diferentes momentos y argumentos.

En este escrito pretendo elaborar unas breves reflexiones acerca del panorama de las cuestiones teóricas sobre la subjetivación de los DESC y su naturaleza política emancipatoria en el contexto constitucional y democrático actual.

Igualmente, partimos del supuesto de la eficiencia de protección para defender que, si bien el contenido de los DESC es en buena medida de tipo moral, la defensa de la exigibilidad de los derechos sociales en nuestro contexto colombiano ha sido por vía de la judicatura. En ese sentido, ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia quien ha avanzado en la subjetivación de los DESC, si bien, no obstante, teórica y políticamente, no se escapa del sistema o círculo liberal de la fundamentación de los derechos subjetivos solo para libertades negativas, es decir, vemos en las vías judiciales insuficiencia en términos de que estas no aseguran el contenido esencial de los DESC, pero aceptamos la realidad de su plausibilidad práctica para la defensa de los DESC como derechos fundamentales.

## II. BREVE APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO Y SUS DETERMINACIONES SOCIOJURÍDICAS

Los DESC como derechos de previsión, educación y seguridad social frente a la comunidad y el Estado, que se refieren a beneficios sociales económicos y culturales, pretenden la reivindicación de una distribución adecuada de los bienes indispensables para la vida y el ejercicio de las libertades civiles y políticas (Boaventura, 2001: 15).

Sin embargo, la realidad de la exigibilidad judicial y democrática de los DESC, condicionada por motivos económicos y culturales, ha generado su imposibilidad técnica y jurídica para convertirse en derechos fundamentales plenos. Dicha imposibilidad deriva de cuestiones económicas y la ausencia de mecanismos especiales destinados a la protección de los DESC por lo que asistimos, por el contrario, a una manifestación anticonstitucional de la violación constante de tales derechos (García, 2010: 75).

No obstante, en sistemas jurídicos constitucionalizados pero altamente codificados como el colombiano, para que los DESC puedan ser considerados como derechos eficaces y ejercitables se requiere que ellos sean objeto de protección judicial de manera incondicionada (Abramovich y Courtis, 2003: 59). De lo contrario, la defensa política, académica y social tendrían simplemente

un peso simbólico que en nada cambiarían el panorama del Estado liberal clásico y neoliberal sobre los DESC.

Para el propósito inicial de una explicación inicial de los componentes estructurales del derecho subjetivo, me interesa destacar que tal concepto implica la posibilidad de radicar en cabeza de un sujeto el ejercicio de un derecho y protección de una garantía, es decir, «el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo» (Arango, 2005: 141).

En ese sentido, los derechos fundamentales se consideran posiciones jurídicas valiosas de tipo constitucional que poseen una garantía secundaria en términos de Ferrajoli (Ferrajoli, 2001: 25), que consiste en la posibilidad de acudir a mecanismos de protección preferentemente judiciales para exigir reparación, no repetición o continuación del hecho generador de violación de los derechos.

La visión avanzada (Arango, 2002: 105) de los DESC como derechos subjetivos es una defensa técnica de la fundamentalidad de tales derechos, entendiendo por técnica como la forma más eficiente, dotada de mecanismos y estrategias determinadas, bajo la ecuación de las obligaciones precisas y claras, un obligado específico y un sujeto destinatario, de lo que se deriva que al ser una defensa técnica no es sinónimo de superficialidad y formalismo carente de fundamentación.

Bajo las anteriores consideraciones, se crítica la visión *técnica* que el jurista austriaco H. Kelsen tenía de los derechos subjetivos como competencias jurisdiccionales estableciendo caracteres de los derechos desde elementos pretendidamente neutrales y ajenos a las significación y fundamentabilidad de los derechos constitucionales. Por otro lado, si la tarea es dotar a los derechos sociales de subjetividad para eficacia de protección, entre ellas la vía jurisdiccional, también es importante superar visiones esencialistas como la propuesta por Hohfeld, que encierra los derechos en un discurso netamente moral, precisando que si bien los derechos hacen referencia a bienes morales y justificaciones axiológicas, en el escenario judicial esto debe complementarse con planteamientos filosóficos, teóricos y epistemológicos de la teoría del derecho (Cruz, 2000: 23).

Atendiendo lo que indica Cruz Parceró, los DESC son auténticas normas jurídicas, sea porque se acomoden en una naturaleza de regla deóntica, en la medida que ordenan, prescriben o permitan alguna conducta o comportamiento, en este caso del Estado y los gobiernos, o porque los DESC cabrían en la categorías de principios, bien en sentido estricto o como directrices porque estiman la realización imperativa de algún fin constitucionalmente necesario (DESC y su relación con el Estado social de derecho), o permiten inferir

contenidos aspiracionales para el desarrollo de la naturaleza progresiva de los derechos sociales (Cruz, 2000: 23).

Sin embargo, Prieto Sanchís (1995: 43) entiende que hay problemas con la fundamentación de los DESC como directrices, porque su exigibilidad debe ser sometida a la posible intervención ilegítima en la designación del gasto debido a la ausencia de absoluta juridicidad de las directrices por cuanto existe sobre ellas un margen de discrecionalidad o maniobrabilidad importante por parte del legislador para su desarrollo. Por lo tanto, la ubicación de los DESC en una norma jurídica en alguno de los tipos antes mencionados no garantiza necesariamente su juridicidad, sino que esta deviene de su contenido jurídico constitucional y axiológico, la interdependencia entre todos los derechos en sus facetas de aplicación sea de abstención y promoción e intervención y las potestades jurisdiccionales de garantía de protección.

Resulta interesante aquí mencionar la argumentación de Nicolás Espejo (2010: 155) cuando explica que la subjetividad de los derechos deviene no solo de parámetros judiciales de aplicación sino también de exigibilidad sociojurídica relacionada con el modelo del Estado social de derecho y las obligaciones democráticamente establecidas desde la acción política popular.

Igualmente, Espejo diferencia la estructura de los derechos subjetivos y su contenido de las acciones judiciales o de otra índole para hacerlos efectivos; es decir, es una confusión común no diferenciar derecho de garantía, por cuanto las acciones y garantías procesales de tipo judicial no es una característica constitutiva de los derechos constitucionales, en la medida que los derechos pueden existir al margen de estas vías judiciales; por ejemplo, medidas político-administrativas y la exigibilidad pueden venir de procedimientos y acciones de tipo administrativo. Con lo anterior se quiere afirmar que la exigibilidad es un panorama más amplio que el judicial, es el escenario constitucional de ejercicio y defensa de los derechos (Espejo, 2010: 155).

Por lo tanto, en el autor chileno, la defensa no parece ser un componente esencial de la subjetivación de los DESC, sino el contenido de las obligaciones derivadas principalmente de la naturaleza social de nuestro Estado de derecho.

En este sentido, Cruz Parceró (2004: 75) defiende «la necesidad de una noción que permita hacer la distinción entre tener un derecho y tener una garantía. En este sentido las acciones procesales para demandar un derecho social son sólo una forma de garantizarlos»; por lo tanto, la sustancia y fundamentación de los DESC deriva tanto de su ámbito de ejercicio político y de la relación con los principios del Estado social de derecho como del componente que garantiza su contenido subjetivo.

Nuestra explicación tradicional de la estructura de los derechos en general parte en esencia de un planteamiento proveniente del positivismo científico social que anula la relación entre el sujeto que conoce y el objeto que se va

a conocer, en la medida que la esencialidad de los derechos parte del razonamiento instrumental de la fundamentación autónoma del objeto, en este caso los derechos y su contenido, en la medida que la explicación y justificación de los derechos parte de las limitaciones o intervenciones que tiene el Estado para no violentar los derechos entendido esto como el objeto de los derechos, pero no de la posición histórica y social de los sujetos para garantizarlos o protegerlos. La consecuencia de lo anterior parece inevitable: los DESC deben ser sacrificados porque su posición con respecto a la argumentación y justificación de los derechos no es individual y no parte del objeto que se conoce, sino de reclamaciones sociales de los individuos, lo que los haría científicamente, en términos del positivismo científico social y posteriormente del positivismo jurídico, meras especulaciones.

El problema radica en creer que la única manera en que hablamos de derechos responde a un modelo relacional simple. Es cierto que la manera en que los civilistas han hablado de los derechos encaja bastante bien con esta explicación estructural, de hecho esta explicación está basada en el contexto de las relaciones que tiene lugar en el derecho privado (Cruz, 2004: 75).

Los derechos responden entonces a un modelo amplio de estructuración relacional siguiendo a Cruz Parceró, por cuanto no será el objeto (derecho fundamental *per se*) el que determine la justificación y estructura del derecho, especialmente los DESC, sino la posición del sujeto, el grupo al que pertenece y las necesidades traducidas en elementos constitucionales de dignidad humana y libertad plena del enfoque del Estado social de derecho; el ejercicio de los derechos centra en el sujeto el ejercicio de reclamación de las obligaciones fundamentales de los derechos. En el esquema relacional simple, propio de un escenario liberal político egoísta e insolidario, de los derechos basado en la correlatividad de las obligaciones y los derechos, cae en el error de eliminar y desconocer que las obligaciones se deben a contenidos y contextos de los sujetos reclamantes. Por lo tanto, la relación entre sujeto (personas destinatarias de la protección de los derechos) y el objeto (obligación que puede exigirse judicialmente desprovista de contenido) se interconecta desde necesidades emancipadoras. Dicho esquema básico de los derechos instaaura una dinámica abstencionista de parte de los ciudadanos para participar en los asuntos públicos y democráticos en la medida que si los derechos ya están prestablecidos y no necesitan discusión, el sujeto se relega a los asuntos privados por excelencia.

Podemos entender entonces, por derecho subjetivo, la facultad o competencia que ostentan las personas depositarias o legitimadas para ejercer derechos protegidos por un sistema constitucional dirigida hacia o con relación al Estado como obligado central (Ansuátegui, 2010: 51), preferente o principal.

Derivada esa facultad de una obligación o compromiso claramente determinado, traducido en una o múltiples obligaciones de hacer o abstenciones, podemos concluir que las garantías primarias en términos de Ferrajoli (2001: 26) se concretan en las obligaciones determinadas de hacer o abstenerse y las garantías secundarias se derivan de la posibilidad de violación o desconocimiento de aquellas en detrimentos de las personas por parte del Estado que las legitima para exigir por vía judicial la reclamación, consolidando el concepto de garantía reforzada mencionado por Chinchilla (Chinchilla, 2009: 48).

Los derechos fundamentales partiendo de sus componentes (obligado, obligación clara y destinatario con facultad de exigir judicialmente reclamaciones) pueden tener origen y naturaleza diferente. Una de esas alternativas es la *vía de interpretación*: para derivar el contenido y la existencia del derecho y la subjetivación de la interpretación sistemática de los derechos, valores y principios que suponen los pilares esenciales de la constitución desde los pronunciamientos que ha desarrollado la doctrina constitucional y jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional en el entendido que la ubicación tipográfica no puede ser el único criterio determinante de la existencia de un derecho fundamental (Sorockinas y Gómez, 2009: 143).

De conformidad con lo anterior, es posible plantear la posibilidad de identificar un derecho sin que exista una norma positiva que lo acoja, ya sea por la esencialidad, inalienabilidad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-001 de 1992, T-406 de 1992), transmutación como consecuencia de acciones administrativas o legales que determinan obligaciones claras (Corte Constitucional de Colombia Sentencias SU-225 de 1998 y SU-819 de 1999), por afectación a la dignidad y al mínimo vital (Corte Constitucional de Colombia Sentencia SU-819 de 1999).

De esta manera, los escenarios de discusión sobre la naturaleza política y jurídica de los derechos, especialmente los DESC, han permitido, en términos de García (2010: 77) fundamentar la realización de dichas garantías en dos escenarios, uno el de la técnica jurídica y el otro, el de la ética. Por el primero entendemos la necesidad de derruir las estructuras jurídicas construidas que tienen como base la supuesta división de los derechos y asignarle a todos (los DCP y los DESC por igual) la fundamentalidad requerida para implementar técnicas de protección en sede jurisdiccionales como derechos subjetivos, es decir, no concebir *prima facie* las obligaciones negativas como propias de los derechos civiles y a los DESC obligaciones enteramente positivas, así como también deconstruir correctamente el concepto de la programaticidad de todos los derechos, como una característica de todas las garantías. Para el segundo concepto (ético), los derechos se sirven de criterios de axiológicos y políticos similares para todas las garantías que consagra las constituciones contemporáneas, tales como el bien común, la justicia social, la solidaridad y

la libertad plena, entendida como la capacidad de autodeterminarse conforme propias intenciones y planes de vida (García, 2010: 79).

### III. LA IMPRESCINDIBLE NATURALEZA POLÍTICA DE LOS DESC

Bajo los modelos socioeconómicos actuales, los DESC tienen una especial fuerza reivindicatoria radicada en cabeza de grupos sociales menospreciados e históricamente discriminados. Nuestras dinámicas neoliberales solo ven las libertades como interferencia de sus únicos derechos fundamentales (específicamente y de forma más relevante la libertad económica en corrientes neoconservadoras), resultando de allí graves desigualdades que generan violaciones masivas de derechos en ausencia de espacios de participación para la gran mayoría de la población en situaciones de pobreza económica y, por lo tanto, se hace necesario implementar y defender un grado mínimo de justicia-bilidad de los DESC que cualifique la democracia constitucional a través de garantías institucionales y estatales (Ruiz y Plazas, 2011: 10).

Por lo tanto, los DESC son entendidos como garantías emancipadoras, en el sentido que permiten generar conciencia de exigibilidad judicial, igualdad material y de control social desprendidos de los planes de vida de sujetos en situaciones de vulnerabilidad con respecto a las dinámicas sociales y económicas (Herreño, 2008: 25).

La diferencia de los DESC con respecto a los demás derechos radica en su alejamiento de situaciones reales alcanzables que pretende implementar, es decir, la ausencia de cumplimiento en mayor medida no depende necesariamente de elementos teóricos, fundamentos filosóficos o jurídicos, sino de realidades sociales, específicamente determinadas por el sistema económico de libre mercado imperante en las sociedades posmodernas de Occidente.

La legitimidad de esas reclamaciones se centran precisamente en ese espacio de incumplimiento y de reivindicación de mayor cumplimiento, de lo que se deriva que la supremacía de los DESC es también un asunto de jerarquía ético-política, propia de nuestros tiempos y nuestros territorios latinos.

Debido a las dificultades jurisdiccionales y dogmáticas derivadas de escenario tradicionalmente liberales los DESC deben ser exigidos no solamente por vía de mecanismos judiciales, sino también desde la lucha y reivindicaciones sociales que superen el insuficiente desarrollo constitucional actual (Macías, 2013: 90). Se reitera que la connotación de derecho subjetivo, no parte esencialmente de la existencia de mecanismos judiciales, sino de su conexión y fundamentalidad a partir de aspectos constitucionales como la democracia participativa, la dignidad humana y la plena igualdad.

Otro asunto importante para discutir son las políticas de recorte del gasto público social en épocas de crisis facilitadas por el neoliberalismo. Las estrategias de austeridad impiden a una creciente cantidad de población en situación de precariedad sanitaria y laboral acceder a bienes básicos indispensables para la existencia plena y libre, los subsidios para el desempleo disminuyen sin que se incrementen las políticas de aumento del empleo decente o que generen nuevos puestos de trabajo estable.

Desde este último punto de vista, el pretexto de la «reserva de lo posible» o «razonable» económicamente, según la fórmula utilizada por la jurisprudencia constitucional alemana y acogida posteriormente por la Corte Constitucional italiana, no debe implicar una discrecionalidad desmedida del legislador nacional para incumplir compromisos sociales internacionales que reconocen, no meras subvenciones, sino auténticos derechos subjetivos: sirva de ejemplo la Reclamación nº 48/2008 (Centro de Derechos para los Gitanos Europeos c. Bulgaria, decisión de fondo del CEDS de 18 de febrero de 2009). En otras palabras, esa «reserva» no habría de jugar cuando se trate de restringir o suprimir derechos que afecten esencialmente a la dignidad (asistencia social o salario mínimo de inserción), pudiéndose en su caso tomar en consideración a la hora de ponderar la introducción o no de mejoras (entendidas como «contenido adicional») en el disfrute de derechos (como la seguridad social) (Quesada, 2013: 36).

Los DESC, entonces, vienen a incorporarse en las constituciones como una manifestación sociopolítica de las condiciones humanas que exigen reconocimiento político y que, bajo condiciones adversas que impone el modelo económico globalizado, se encuentran en una situación permanente de riesgo debido a sus carencias económicas. Por lo tanto, los DESC, bajo una concepción ampliada de la libertad, son una faceta esencial de la dignidad humana que no permiten analizar la previsión y asistencia social desde un equilibrio cuantitativo coste-beneficio (Quesada, 2013: 20).

Lo anterior indica también la necesidad de elaborar un análisis que evidencie las similitudes y desequilibrios del gastos social en los que incurre no solo la protección de los DESC, sino también de los DCP para avanzar hacia la plena garantía que descarte el componente del gasto como el obstáculo prevalente a la hora de la justiciabilidad y la satisfacción en general desde cualquier escenario. A manera de ejemplo, el gasto público en asegurar el derecho político a la participación en elecciones de 2015 a través del voto en su dimensión positiva de organizar las elecciones y demás gestiones para ejercer el sufragio en Colombia, asciende a 640 000 miles de millones de pesos (*Diario El Tiempo*, 2014), en contraste con los 3,5 miles de millones de pesos que destino del presupuesto de la nación para educación superior en el país (Vergara, 2015). Lo que demuestra el desequilibrio entre derechos necesaria-

mente interdependientes, en la medida que una persona con educación de calidad y con libertad y oportunidad de acceder a ella puede ejercer su papel de ciudadano de forma más idónea, consecuyente y coherente.

Un ejemplo adicional es el gasto público, en este caso derivado del apoyo del Gobierno de EE. UU a través del conocido Plan Colombia para la lucha contra el narcotráfico, que para el año 2013 ascendió a 142 millones de dólares, que corresponden a 265 miles de millones de pesos con un dólar, para la época en promedio de \$1869, en contraste con los diez mil millones de pesos dirigidos a satisfacer derecho a la vivienda para 2013 (Mutis, 2013).

Es pertinente para los fines de ilustrar la necesidad de conectar la naturaleza política y judicial de los DESC con su constitucionalización a través del Estado social de derecho con apoyo de un referente europeo, en este caso la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de febrero de 2011 sobre el denominado «caso Hartz IV», referente a los criterios del cálculo de la prestación no contributiva para desempleados de larga duración con el fin de garantizar una existencia digna conforme con los arts. 1 y 20 de la ley fundamental alemana (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal Alemana, 2010), pronunciamiento que ha generado importantes reflexiones sobre la existencia y finalidades del Estado social de derecho.

La sentencia del Tribunal alemán crítica la norma que le da base a la prestación por desempleo no contributiva y exige una modificación en el cálculo por cuanto considera insuficiente el resultado de la prestación y por lo tanto inconstitucional debido a la poca probabilidad de la satisfacción del mínimo vital y la satisfacción de la dignidad en dichas condiciones. Entre otras cosas, el Tribunal considera que no existe una base o fundamento empírico certero para distribución del cálculo y las categorías de otorgamiento de la prestación y asistencia social por desempleo por dejar por fuera a los menores de edad y sus necesidades como la educación, recreación, alimentación, etc, y por ende desconocer el principio del Estado social de derecho y la dignidad humana.

La sentencia del Tribunal alemán concluye con la declaración de incompatibilidad del subsidio de desempleo objeto de la discusión con la garantía del mínimo vital digno derivado de los arts. 1.1 y 20.1 de la Ley Fundamental a partir de la obligación estatal de garantizar a toda personas necesitada aquellas condiciones materiales indispensables para su existencia y un mínimo de participación en la vida política, cultural y social de la nación. No obstante, el mismo Tribunal indica la facultad y margen de discrecionalidad del que goza el Parlamento para reglamentar estos asuntos constitucionales. Por tal motivo, la sentencia no desestima dicha competencia legislativa amplia, sino el criterio de cálculo, categorización y asignación del subsidio segmentando la asistencia desde configuraciones sociales y culturales irreales y creando disparidad en la

garantía de las condiciones de vida digna antes mencionada (Tenorio, 2011: 131).

La sentencia hace un énfasis importante en la realidad y soporte empírico que debe tener toda reglamentación social destinada a la asistencia para eliminar barreras de acceso a bienes primarios y fundamentales, entendiendo que el Estado social de derecho es un principio constitucional que se soporta desde la eficacia de la atención del Estado y no simplemente desde la proyección y progresividad. Es decir, los DESC, como premisa esencial de la constitucionalización del Estado social de derecho, exigen una intervención real del Estado para superar las dificultades que impone el rigor del mercado trasladado a la sociedad civil que se encuentra a la deriva de las reglas de la competencia financiera.

Lo anterior es interesante para nuestros contextos latinoamericanos en la medida que, a partir de dichas experiencias foráneas, es posible construir herramientas y criterios nuevos de justiciabilidad de los DESC o de consolidar mucho más el papel democrático que ostentan los mismos para promover una ciudadanía mucho más activa en la reivindicación de los DESC y el respeto del estado social de derecho. En Colombia, lejos todavía de plantear interpretaciones en cualquier escenario judicial de asistencia o subsidios de desempleo amplios y acordes con la realidad, se necesita una generación de movimientos sociales que exijan la configuración de la discrecionalidad legislativa y la aplicación administrativa de las normas a partir de las realidades sociales desde mínimos que generen ciudadanía y sociedad civil democrática, entendiendo que la intervención jurisdiccional deberá ser garante de los procesos democráticos o un escenario que exija la implementación de políticas sociales amplias y consultadas.

#### IV. BREVE REFERENCIA DEL APOORTE EUROPEO A LA SUBJETIVACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

En cuanto al asunto de la consagración constitucional de los DESC, Europa resulta un referente importante de análisis y configuración de la subjetividad de dichos derechos. En Europa existen diferentes escenarios con diferentes valoraciones; por ejemplo, el modelo de desarrollo legislativo exclusivamente es propio del Reino Unido y Austria, a que no consagran en constituciones sus DESC, pero si lo hace en la legislación, que podría considerarse de tipo progresista. El modelo *sudeuropeo* de España, Grecia y Portugal adopta una consagración constitucional fuerte, pero de carácter auxiliar en su peso jurisdiccional y de excepcional naturaleza subjetiva de protección. Los países escandinavos tienen una mixtura de las dos anteriores desde un desarrollo ju-

risprudencial fuerte con espacios de modelo socioeconómico con gran contenido de protección de los DESC a través de mecanismos judiciales (Gordillo, 2013: 82).

Un punto de análisis interesante para la configuración subjetiva, desde escenarios sociojurídicos inclusive, es el caso de la Ley Fundamental de Bonn alemana de 1949, que no consagra expresamente ningún DESC (no obstante, como excepción, el art. 6.4 reconoce el derecho de toda madre a la protección y a la asistencia por parte de la Comunidad) en su texto debido básicamente a las fluctuaciones y riesgos imprevisibles de la coyuntura económica inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, el art. 20.1 de dicha constitución adhiere a la República de Alemania al modelo de Estado social de derecho y constituye como principio de alto rango normativo la asistencia social, de lo cual se extraen importantes categorías jurídicas como el mínimo existencial y el sistema de seguridad social de naturaleza constitucional (Gordillo, 2013: 83).

Desde lo anteriormente mencionado, el Tribunal Constitucional alemán indica que los legisladores no tienen capacidades ilimitadas e irrestrictas para el desarrollo, a veces regresivo y autoritario, de los DESC a la luz de los principios constitucionales. Uno de los elementos trascendentales es la defensa que hace dicho Tribunal de la dignidad humana intangible que puede evidenciarse en el caso Hartz IV de 2010. En dicho caso, el litigio se centra en la refundición de la prestación por desempleo como desarrollo de su sistema de seguridad social que establece un monto con una serie de complementos a cargo por hijos, alojamiento, calefacción, entre otros, que consideró el Tribunal Alemán como insuficiente y que violaba el principio del Estado social de derecho (art. 1.1) en conexión con la dignidad humana (art. 20.1) que a la hora de garantizar su existencia no es adecuado. (Gordillo, 2013: 83).

En el Consejo de Europa, el tratamiento de los DESC se encuentra en la Carta Social Europea (CSE) y la vigilancia de su cumplimiento está a cargo del Comité Europeo de Derechos Sociales, mientras que el Convenio Europeo de Derechos Humanos a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo son los referentes convencionales y orgánicos para los derechos civiles y políticos (DCP) (Nivard, 2016: 14). Situación, en parte, similar a la que ocurre en la América Latina, por cuanto para los DCP existe la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, teniendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como órgano técnico y la Corte Interamericana (COIDH) como el componente jurisdiccional que juzga la responsabilidad de los Estados. Por su parte, para los DESC existe el Protocolo de San Salvador y como órgano técnico la CIDH, sin tener un órgano judicial, es decir, sin posibilidad de exigibilidad jurisdiccional a primera vista.

Para el caso europeo, igualmente ocurre que no existe la justiciabilidad de los DESC *per se*, por cuanto la Carta Social Europea tampoco asigna órgano jurisdiccional para recibir denuncias individuales y determinar responsabilidad judicial (Nivard, 2016: 15).

Sin embargo, la protección de los DESC y su viabilidad por medio de estrategias judiciales ha cambiado en las últimas décadas y se han estructurado diversas vías de atención y protección de los DESC ante escenarios jurisdiccionales.

La primera de ellas se deriva de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que interpreta que es posible socializar los derechos humanos contenidos en la Convención Europea, es decir, es posible la protección judicial de los DESC por vía indirecta cuando uno de los derechos civiles y políticos que está consagrado en dicha Convención esté en riesgo o haya sido violentado efectivamente. Aquí procede la interpretación de los Derechos Humanos y de los DESC en sentido amplio y de esta manera se benefician estos últimos derechos (Nivard, 2016: 17).

La segunda vía se refiere a la *jurisdiccionalización* del mecanismo de supervisión que contiene el Comité Social Europeo, que aunque no es jurisdiccional, evoluciona debido a la intervención de movimientos sociales y por ende de naturaleza política a la protección por vía judicial debido a la forma contenciosa (denuncia y denunciado) y procedimental que adopta el Comité, que permite dicho escenario de protección *sui generis*. Sin embargo, la herramienta sigue siendo técnica y política debido a que las decisiones no sern vinculantes en términos judiciales, pero permite concretizar un poco más el contenido de los DESC (Nivard, 2016: 19).

Por último, la tercera vía se desarrolla a nivel de cada ordenamiento constitucional de los países que hacen parte de la CEDH y el CSE en procura de la protección de los DDHH derivado de las obligaciones convencionales, sean DCP o DESC. Las dos vías anteriores se han materializado de forma más o menos eficiente en cada ordenamiento interno de los Estados, por lo que estamos ante la judicialización interna de los DESC por la conjunción de los instrumentos convencionales europeos con las constituciones de cada Estado desde principios como el de dignidad humana y de Estado social de derecho (Nivard, 2016: 28).

Sin duda, Europa ha avanzado hacia un reforzamiento de los DESC desde su posición constitucional, lo que exige una estructuración de los DESC como derechos subjetivos que imponen límites a las actuaciones del Estado en el marco del Estado social de derecho.

## V. ANÁLISIS DE LA SUBJETIVACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LA CRÍTICA A SUS PREMISAS

La tendencia de una posible subjetivación de los DESC en el ámbito colombiano, ha sido implementada por la Corte Constitucional, quien a través de sus pronunciamientos ha construido diferentes doctrinas alrededor de la justiciabilidad de los derechos sociales y económicos desde la revisión de acciones de tutela y de constitucionalidad referidas a estos derechos, que ponen límites a la configuración a los poderes legislativos del Congreso y a las medidas económicas que adoptan los gobiernos.

Una de las vías diseñadas por la Corte Constitucional, es la denominada transmutación de los DESC, conforme con la cual se conciben los DESC no ya solamente como derechos prestacionales, sino como derechos subjetivos plenos y judicializables bajo el esquema de derecho-deber que el ordenamiento protege; es decir, se supera la característica de ser programáticos que le impedía ser exigibles para ser derechos con un obligado identificado que el ordenamiento protege, por lo que existe una transmutación (López, 2009: 53) que permite a los DESC pasar de ser normas puramente programáticas a verdaderos derechos autónomos exigibles jurisdiccionalmente por su implicación con la dignidad humana y condicionados a la implementación de normas o políticas públicas que los reconozcan dirigidas a grupos de especial protección (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-042 de 1996).

En el proceso de rastreo de las decisiones que soportaban esta construcción jurisprudencial de la «transmutación», se pudo hacer una elaboración de aquellos rasgos, criterios y elementos que distinguen dicha categoría, que puede entenderse como una forma propia del escenario jurisprudencial y que es necesario igualmente someterlos a una crítica importante desde los planteamientos teóricos que aquí se han expuesto<sup>2</sup>.

Las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia T-016 de 2007, T-859 de 2003, T-662 de 2006 y T-076 de 2008, parten del problema jurídico referido a la protección del derecho a la salud en situaciones no cubiertas por el Plan Obligatorio de Salud (Ley 100 de 1993, Ley 508 de 1999, Decreto

---

<sup>2</sup> En el ejercicio de rastreo de las sentencias de la Corte Constitucional resultaron que las decisiones más relevantes que desarrollan la subjetivación de los DESC son las siguientes: T-016 de 2007, T-859 de 2003, T-227 de 2003, T-585 de 2008, T-717 de 2012, T-076 de 2008, T-662 de 2006, C-444 de 2009, SU-819 de 1999, SU-111 de 1997, T-958 de 2011, T-585 de 2006, T-096 de 2005, T-414 de 2008, T-659 de 2008.

783 de 2000 y Ley 1127 de 2007, entre otras) o que se consideran como no vitales para el reclamante. Es decir, se evidencia una contraposición entre el carácter progresivo del derecho y la necesidad, oportunidad y razonabilidad de aplicar o practicar el medicamento o procedimiento solicitado por vía de tutela generalmente.

La sentencia T-859 de 2003 (Corte Constitucional de Colombia) retoma un par de criterios que otra decisión, la sentencia T-227 de 2003, determina como relevantes para la justiciabilidad de los DESC, precisó que son fundamentales a) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental, y b) «todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo», lo que supone un avance importante en la subjetivación de los DESC porque deja de lado el argumento de la superioridad constitucional de los derechos civiles y políticos para abarcar otros derechos que pueden enmarcarse dentro del ejercicio subjetivo de facultades de protección que se deriven esencialmente del contenido humanista de los derechos, entre ellos los DESC.

Por otro lado, esas sentencias plantean problemas constitucionales y jurídicos no despreciables: ¿cuál es el grado de consenso que existe sobre la fundamentalidad de los derechos?, ¿quién determina o traduce dicho consenso?, ¿existe posibilidad de reformularlo?, ¿el consenso se elabora desde planteamiento ajenos a la sustancia de los derechos y en tal consenso se incluyen elementos económicos y financieros? Sin duda, son cuestiones difíciles de resolver y que no son el propósito de este escrito. Importa, para los efectos de mi reflexión, afirmar que dicho concepto podría permitir un resurgimiento necesario de la ciudadanía y la participación democrática que evidencie que dicho consenso debe ser popular y que necesariamente responderá a las necesidades sociales básicas de la que gran mayoría de población no disfruta o participa, y con ello entender que la subjetivación de los DESC depende necesariamente de la dignidad humana entendida como capacidad de sortear en plena igualdad las urgencias que determinan un plan de vida en sociedad regidas por dinámicas constitucionales.

Para apoyar este análisis podemos citar la misma sentencia (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-853 de 2003) que indica:

La definición de cuáles derechos están «funcionalmente» dirigidos a lograr la dignidad humana y su traducibilidad en derechos subjetivos, no está sometida a la libre apreciación del juez. Este, al igual que todos los operadores jurídicos, está sujeto a reglas y pautas propias del sistema jurídico que permiten, en muchos casos, hacer tal calificación. Tales reglas y pautas no se limitan a elementos de derecho positivo, sino que incluye la teoría del derecho, precedentes judiciales y, en general, todos

aquellos raciocinios que el sistema jurídico admite como válidos para adoptar decisiones jurídicas.

Para ello, la Corte, en aras de dar mayor precisión técnica a las situaciones de violación de los DESC, acude al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Com.DESC) que menciona:

[...] que, entre otras, tales violaciones se presentan cuando el Estado (i) es renuente en cumplir las obligaciones, (ii) cuando alega incapacidad para incumplirlas, pero es claro que no ha utilizado el máximo de recursos para cumplir y (iii) cuando adopta, sin justificación alguna, medidas regresivas. Además, se indican violaciones puntuales a los deberes de respetar, cumplir y proteger (T-853 de 2003).

Para el caso de la Sentencia T-016 (Corte Constitucional de Colombia, 2007) se reitera de nuevo la naturaleza progresiva de los DESC y la forma de protección del derecho, que generalmente ocurre mediante una intervención de la entidad (pública o privada) que está llamada constitucionalmente a otorgar y prestar el servicio esencial o garantizar los niveles materiales adecuados de existencia. Sin embargo, entiende el Tribunal Constitucional que dicha intervención y la necesidad de proteger (obligación positivas o de hacer en términos constitucionales) están ligados necesariamente con el ejercicio del derecho *orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la práctica*, resultando de allí que la nota esencial o el carácter fundamental de ejercicio –por lo menos para estos casos– no se deriva de la progresividad de los derechos, sino de la necesidad viabilizar la eficacia en el ejercicio del derecho.

Sin embargo, apartes de la decisión como: «[...] su connotación prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos dentro de un contexto de recursos escasos [...] (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-016 de 2007), hacen pensar que la exigencia de *racionalizar* lleva implícita la competencia *per se* de sacrificar el ejercicio de derechos desde aspectos financieros, pero también desde el contenido esencial del derecho, que necesariamente implica intervención en los recursos económicos de quien sea el sujeto obligado a proteger los DESC. Esto es así porque dentro del análisis de quien tenga como función decidir acciones judiciales de protección de derechos, debe elaborar el juicio de proporcionalidad desde elementos que son ajenos a la estructura del derecho, como lo es el impacto económico de la protección del derecho, situación que no sucede con los derechos civiles y políticos.

En razón de lo anterior, la Corte Constitucional de Colombia indica que:

Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudir al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho (Sentencia T-016 de 2007).

Sin duda, el anterior planteamiento escapa de la consideración económica que implica el ejercicio de los DESC, evidenciando que existe disparidad dentro de las mismas decisiones sobre los límites legítimos que debe tener la protección de los DESC. No obstante, si entendemos que el anterior acápite puede considerarse como la razón de la decisión de fondo en dicha sentencia, el peso lógico, argumentativo e interpretativo del mismo será mayor a la consideración de paso referida al elemento financiero. Sin embargo, esto sigue siendo formal y técnico y su aplicación real podría convertirse en poco relevante.

Para el caso de la Seguridad Social, la sentencia T-227 de 2003 (Corte Constitucional de Colombia) plantea como problema la procedencia de la acción de tutela cuando existen otros mecanismos de protección, pero la tutela es el medio más eficaz y la fundamentalidad del derecho hace posible dicha acción. Sin embargo, un asunto relevante para los efectos del escrito se deriva de la aceptación que realiza la Corte del carácter axiológico de los derechos y la historicidad que determina dicho sistema de valores para concluir que los derechos son manifestaciones de dichos componentes morales contextualizados.

De dichos elementos morales y ligados con los planes de vida de los individuos se deriva la calidad de derechos subjetivos, como lo dice la Corte:

[...] la elevación a rango constitucional de la «libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle» y de «la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad», definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas

(prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias (Corte Constitucional de Colombia sentencia T-227 de 2003).

Es importante anotar que el «plan de vida» no debe mirarse como una aspiración que se determine a partir propósitos preconcebidos por las dinámicas sociales alienadas por el modelo financiero impuestas a las comunidades de forma aislada con las posibilidades, necesidades y características de las personas y grupos humanos, sino como construcciones propias de las familias y los sujetos que se van modificando de acuerdo con las capacidades y límites sociopolíticos. Partiendo de lo anterior se determina que la fundamentalidad de los DESC no supone igualación, sino reconocimiento de la inconveniencia del predominio de una sociedad regida por individualismos exagerados y por posibilidades garantizadas de desarrollo no alienadas por el sistema económico neoliberal, lo que implicaría que dichas posibilidades de desarrollo sean protegidas por vías judiciales.

En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica) (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-227 de 2003).

La decisión T-076 de 2008 (Corte Constitucional de Colombia) reitera la necesidad de un desarrollo legal, siendo precisamente una de las dificultades que sectores de la dogmática jurídica y el neoliberalismo evidencian como inviabilidad de la justiciabilidad de los DESC. Por lo tanto, si bien existe un avance en cuanto a la protección de los DESC desde la Corte Constitucional, este se ve menguado por requerimientos de tipo legal que le quitan preponderancia a la Constitución Nacional, como quiera que en el caso del derecho a la salud opera el fenómeno de la transmutación de un derecho prestacional a un derecho de prestación subjetiva, gracias a su amplio desarrollo legal y reglamentario derivado del querer del legislador por materializar los mandatos contenidos en la Carta Política de 1991.

Dentro de las decisiones referidas al derecho a la vivienda, están las sentencias T-585 de 2008 y T-717 de 2012 (Corte Constitucional de Colombia), que circunscriben sus problemas jurídicos derivados a unos aspectos comunes

como la vulnerabilidad del accionante, la justiciabilidad del derecho a la vivienda y las obligaciones que encierra tal derecho.

Sin duda, el anclaje constitucional para la subjetivación de los DESC en el constitucionalismo colombiano conforme las sentencias de la Corte, es el art. 13 de la Constitución nacional, que determina la igualdad material y real como un principio y derecho fundamental estructurante de la democracia contemporánea.

Las dos sentencias acuden de forma importante para apoyar sus argumentos al PIDESC y determinan:

Ahora bien, en el caso preciso del derecho a la vivienda digna, consagrado en el art. 51 superior y reconocido en el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el art. 11 numeral 1.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en otros instrumentos internacionales, la relación existente entre su garantía efectiva y la dignidad humana es prácticamente evidente. Así, no es necesario desplegar un ejercicio argumentativo exhaustivo para concluir que entre las necesidades básicas que deben ser satisfechas para permitir a un individuo desarrollar en condiciones dignas su proyecto de vida, se encuentra aquella relacionada con proveerle —por medios que no necesariamente implican la inversión pública— un lugar de habitación adecuado (Corte Constitucional de Colombia sentencia T-585 del 12 de junio de 2008).

Pese a resaltar reiteradamente el carácter fundamental de los DESC, especialmente del derecho a la vivienda digna, entiende que necesariamente no son derechos subjetivos *per se*, lo que plantea una contradicción importante. Es decir, la Corte, en los temas referidos a los DESC, pasa de la fundamentalidad y subjetivación a la progresividad no justiciable por indeterminación de las obligaciones derivados de la ausencia de necesidad de protección *prima facie* (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-227 de 2003) o por la extendida hegemonía del enfoque liberal europeo sobre la justificación de la derechos humanos como libertades negativas.

Para evidenciar lo anterior, la Corte indica,

[...] pues como antes se anotó el amparo constitucional sólo será procedente en esta materia cuando se trate de (i) hipótesis referidas a la faceta de abstención o derecho de defensa de la vivienda digna, (ii) pretensiones relativas al respeto de derechos subjetivos previstos en el marco de desarrollos legales o reglamentarios que conlleven a superar la indeterminación inicial en cuanto al contenido normativo propio del derecho a la vivienda digna, y (iii) eventos en los cuales las circunstancias de debilidad manifiesta en los que se encuentran los sujetos considerados de especial protección constitucional, a la luz de las normas superiores y de la jurisprudencia de esta Corporación, tornan imperiosa la intervención del juez de tutela con miras

a la adopción de medidas que permitan poner a estas personas en condiciones de igualdad material haciendo efectiva, en el caso concreto, la vigencia de la cláusula del Estado Social de Derecho (art. 1.º superior) (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-585 de 2008).

El anterior apartado requiere una reflexión particular: si, como anota el Tribunal, los anteriores son los criterios de procedencia de la acción de tutela, la Corte mantiene la argumentación férrea del carácter no subjetivo de los DESC (cuando habla de las facetas de abstención y la necesidad de previo desarrollo legislativo de los DESC), sino solo circunstancial, lo que le resta coherencia a todos sus planteamientos de defensa constitucional de los DESC que ha venido construyendo. Por otra parte, el mismo Tribunal niega que sea la misma jurisprudencia la que permita desarrollar, a partir de ella, los contenidos y las obligaciones de los DESC (cuando habla de la necesidad de protección por vía de tutela de los DESC siempre que se consagren en la ley o reglamentos), sin duda, una posición incoherente con la necesidad de fortalecer el valor del precedente (Riveros, 2010: 20), argumento reforzado en la sentencia T-717 de 2012 (Corte Constitucional de Colombia) al mencionar que «el derecho a la vivienda digna se convierte en fundamental cuando es dotado de contenido mediante la implementación de medidas legislativas y administrativas dirigidas a hacerlo efectivo». Lo anterior plantea algunas confusiones con el criterio *iii* que se refiere a las condiciones de vulnerabilidad de las personas afectadas; la primera de aquellas confusiones se establece a partir del valor de la jurisprudencia, que para este criterio o regla sí son importantes las decisiones judiciales que ya han determinado las condiciones de protección especial; y la otra confusión radica en que una cosa es la protección prioritaria de los DESC como derechos subjetivos *prima facie* y otra las condiciones de protección de cierta población o grupos humanos. Por lo tanto, la defensa de los DESC es circunstancial. No obstante, este argumento se puede reforzar con la idea elemental de que la defensa y protección de los DESC en nuestro contexto de sistemas sociales permeados por prácticas desiguales derivadas del modelo económico neoliberal es necesariamente en todos los casos para población vulnerable; luego la defensa de los DESC es posible y debe hacerse desde la subjetivación de los derechos.

De esta forma la explicación de la *transmutación* de los DESC se refiere básicamente a la ausencia o existencia de normas, leyes o normas reglamentarias que le otorguen un piso jurídico a las reclamaciones de protección de los DESC, restándole valor prioritario a las normas constitucionales sobre DESC.

Por su parte la sentencia T-717 de 2012 (Corte Constitucional de Colombia) indica:

Bajo esta misma lógica, esta Corporación ha indicado que aun frente a la posibilidad de optar por la vía ordinaria, quien solicite el amparo de sus derechos fundamentales a través de la tutela, lo puede hacer como mecanismo transitorio, evento en el cual tendrá que demostrar que ésta es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

La Corte introduce entonces dentro de los argumentos de la defensa judicial de los DESC la posibilidad de la causación de un perjuicio irremediable, conectando tal criterio con la elaboración propuesta por Rodolfo Arango de la ausencia de justificación de protección y la evitabilidad del daño irreparable como elementos esenciales para un concepto avanzado de derechos sociales fundamentales, concluyendo con la necesidad de asignarle subjetividad.

En contravía del requerimiento exigido por la sentencia T-585 de 2008 (Corte Constitucional de Colombia) de la necesidad de desarrollo legal o reglamentario para dotar de contenido a los DESC, la sentencia T-717 de 2012 (Corte Constitucional de Colombia) indica que tales contenidos y obligaciones pueden derivar de jurisprudencia: «[...] hoy la Corte acepta la naturaleza fundamental autónoma de tal derecho, atendiendo, entre otros factores, a que por vía normativa y jurisprudencial se han ido definiendo sus contenidos, lo que ha permitido que se torne en una garantía subjetiva reclamable ante las instancias judiciales» (Sentencia T-717 de 2012).

De lo anterior se puede argumentar que solo dicha delimitación sustancial y obligacional se predica del derecho a la salud, a lo que se podría responder que por lo tanto el desarrollo jurisprudencial garantístico de la Corte es parcial, superficial y propone divisiones dentro de los mismos DESC, en la medida que no explica por qué el derecho a la salud debe tener dichas connotaciones y los demás no.

Un asunto común en las decisiones de la Corte Constitucional analizadas que se refieren a los DESC es que, si bien el Tribunal recalca que sus competencias judiciales en materia constitucional no permiten determinar y construir políticas públicas, pero sí advertir ausencia de protección, no ha intentado o implementado en alguna de dichas sentencias audiencias o procedimientos de seguimiento al cumplimiento del fallo con el fin de determinar la realidad y eficacia, no solo de las actuaciones de las entidades accionadas obligadas a proteger los DESC, sino también de sus decisiones como herramienta de fortalecimiento del constitucionalismo de derechos.

Las herramientas conceptuales construidas por la Corte analizadas, desde la posición ofrecida por el Nicolás Espejo (2010: 155), que entiende los DESC como derechos subjetivos y justiciables y como obligaciones primarias derivadas de parámetros constitucionales de tipo socio-jurídica referidas a la igualdad y al Estado social de derecho, parecen mostrar deficiencias en la ela-

boración teórica por parte del Alto Tribunal por cuanto realmente los DESC no serían justiciables para la Corte en la medida que realmente lo que procede en la exigibilidad judicial es solo una de las alternativas derivadas de las múltiples obligaciones que suponen los DESC, y su defensa es aparentemente simbólica en la práctica, aunque importante. Desarrollemos un poco más la idea: descartando pronunciamientos sobre la subjetivación de los DESC en el campo de los derechos a la educación, recreación y deporte, alimentación, trabajo, entre otros, el derecho a la vivienda ha estructurado su defensa desde componentes complementarios como el principio de la confianza legítima, siendo, desde el análisis de tales decisiones, de lo que se desprende que el contenido del derecho a la vivienda no se deriva primordialmente de las obligaciones, que por ejemplo, elabora el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en la observación 4 para su subjetivación, es decir, si en los casos de las decisiones T-585 de 2008 y T-717 de 2012 (Corte Constitucional de Colombia) no se refirieran a una situación que consolidó una facultad en el sujeto afectado de reclamar, derivada de un incorrecto proceder de la entidad distrital y local que produjo una violación de la confianza legítima, no hubiese existido un pronunciamiento en el sentido ya conocido en tales sentencias por cuanto este permitió desentrañar el contenido de la obligación en los casos particulares.

Si comparamos gran parte del discurso y argumentación judicial que emplea la Corte Constitucional en los casos de posible defensa de los DESC, se puede advertir que existe un importante anclaje al modelo simple de fundamentación de tales derechos. En términos de Cruz Parceró, en la medida que si bien existe una decisión final que ordena protección en muchos de los casos expuestos, su justificación parte de la especialidad de los casos y no de los aspectos relacionales amplios de la historia reivindicatoria que tienen los DESC desde el escenario constitucional del Estado social de derecho y los serios problemas que plantea el neoliberalismo sobre dicho principio constitucional, que por ende sigue teniendo una fuerte inspiración liberal clásica pese a su defensa de la premisa social del Estado.

Por otra parte, el discurso y los efectos que producen los fallos judiciales de tribunales constitucionales se pueden percibir como una manifestación de reforma progresiva y parcial, más no de transformación estructural, en la medida que la racionalidad y posibilidades judiciales deben circunscribirse al escenario de la verdad judicial (toda vez que las competencias judiciales se despliegan en muchos casos de situaciones específicas que no se extienden a contextos generales) y las discusiones sobre DESC deben ampliarse a escenarios amplios de deliberación democrática.

Igualmente es importante anotar que pese a querer separar la subjetivación de los DESC de la «teoría de la conexidad» que empleó en sus primeros

años, la Corte no logra edificar un argumento sólido y suficiente en términos teóricos y filosóficos para desanclarse de dicha vía de protección. La defensa, si bien ha sido determinante para la protección de los DESC, sigue supeditando financiera, jurídica y políticamente los DESC a los planteamientos liberales que niegan la subjetivación de los DESC por cuanto carecen de precisión en su contenido, por lo que debería elaborar tesis amplias de subjetivación que no dependan del panorama teórico liberal y neoliberal.

Adicionalmente es pertinente anotar la ausencia de instancias de seguimiento a sentencias referidas a la subjetivación de los DESC como elemento determinante en la protección efectiva más que en la judicialización como punto de llegada y no de partida, como podría serlo. Es importante que la Corte implemente audiencias de seguimiento donde vincule a los accionantes y entidades que recibieron la orden de protección (denunciados) en caso de ser tutelado el derecho o derechos invocados en la petición judicial, para implementar escenarios de discusión democráticos de implementación de las medidas dispuestas por la Corte.

Los pronunciamientos judiciales de la Corte parten generalmente de una intervención por vía de acción de tutela, es decir, derivado de un mecanismo de control constitucional concreto (sentencias T), y las decisiones provenientes de control constitucional abstracto (sentencias C) están ausentes para la determinación de la subjetivación de los DESC. Sería importante que la Corte incluya dentro de las decisiones para la «transmutación» de los DESC sentencias tipo C de control abstracto para avanzar de forma más estructural en la protección *ius fundamental* de los DESC.

La Corte reivindica constantemente la necesidad de conectar la protección de los DESC con el principio constitucional del Estado social de derecho. Allí, sin duda, existe una convergencia entre los propósitos igualitarios de nuestro patrón constitucional y los avances europeos en la defensa de los DESC, lo que para los debates de naturaleza política y constitucional es importante en la defensa de los derechos sociales.

La Corte intenta dotar al concepto «plan de vida» de una jerarquía necesaria para protección de los DESC en relación con la dignidad humana y el Estado social de derecho, pero cae en imprecisiones al ser elaborado de forma gaseosa y sin mucho soporte dogmático. Lo anterior, por cuanto liga el consenso que existe sobre la fundamentalidad de los DESC y su contenido con los pronunciamientos de este mismo Alto Tribunal; sin embargo, existe una ausencia total de referencia a los consensos sociales y políticos como parte integral de la democracia participativa adoptada por Colombia (art. 3 Constitución Política).

## VI. CONCLUSIONES

Es necesario advertir que no existe imposibilidad teórico-jurídica para elaborar un concepto y criterios de subjetivación de los DESC, por cuanto la ausencia histórica de exigibilidad de los DESC como derechos fundamentales ha estado centrada en argumentos de tipo político, económico e histórico, pero que no responden necesariamente a la resolución de problemas políticos y teóricos del mundo del derecho ligados con paradigmas (enfoque liberal de tipo social y democrático) jurídicos.

La Corte Constitucional colombiana ha construido el que se denomina «libertad en la elección del plan de vida», que va dirigido a un enfoque de capacidades humanas como una idea de libertad más amplia, que permite «la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad».

Sin embargo, en la práctica, al menos en la jurisdiccional, la defensa y protección de los DESC sigue teniendo un marcado contenido minimalista de ejercicio, en la medida que la progresividad como característica de los DESC dentro de un modelo de Estado social de derecho implica que el mercado sigue siendo el dinamizador de la pretendida justicia social y distribución de la riqueza y, por lo tanto, la satisfacción de los DESC al estar ligado con la «libertad económica» siempre tendrá un nivel de ejercicio mínimo, lo que repercute necesariamente en el margen de discrecionalidad que tienen los jueces para estructurar o tomar decisiones referentes a la configuración de las políticas públicas.

Para el caso latinoamericano, específicamente en Colombia, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional ha sido un motivo de importante fundamentación de la defensa de los DESC. Sin embargo, nuestros modelos socioeconómicos de asistencia han requerido una fuerte presencia de otros órganos del Estado, que han sido insuficientes o han generado políticas públicas que degeneran en prácticas clientelistas que focalizan la asistencia, generan dominación en perjuicio de los derechos de los pobres y erosionan la democracia participativa, por lo que el avance hacia la protección de los DESC como derecho subjetivo desde sentencias de tribunales constitucionales constituye un reforzamiento discursivo y normativo no despreciable, pero que requiere en nuestros contextos latinos de extrema pobreza nuevas formas de intervención, de los jueces también, para una defensa efectiva y una garantía de ejercicio de los DESC.

No obstante, pese a que la Corte en reiterados pronunciamientos ha manifestado que la categoría de derechos fundamentales no depende de ar-

gumentos topográficos de ubicación dentro del articulado de la Constitución y que, aparentemente, ha desechado la herramienta de la *conexidad*, parece, dentro de los pronunciamientos analizados, que el desarrollo legal permite la definición del contenido de las obligaciones que le dan aplicación y exigibilidad judicial a los DESC, razonamiento que se aparta de las posibilidades construidas por la doctrina nacional o foránea de la estructuración de la subjetivación de los DESC desde obligaciones derivadas de la jurisprudencia constitucional como garante de los derechos, más dentro de un Estado social de derecho que debe atender de manera especial las condiciones de desarrollo de las libertades en espacios materiales de ejercicio y de igualdad material, pero también desde las posiciones que estiman que las obligaciones de los DESC se encuentran esencialmente en las cláusulas constitucionales de las cuales no se desprenden obligaciones de no hacer precisas, sino de hacer y no hacer en múltiples alternativas y no por ello se desecha su estructura subjetiva.

Considero que la reducción del contenido de la obligación de los DESC a una norma legislada de tipo ordinario se enmarca en las exigencias evidentes del modelo económico neoliberal, en la medida que para los estados las intervenciones en la economía y de asistencia social, además de ser reducidas al máximo debido a su «peligrosidad financiera», se deben también a la prevalencia y garantía a favor de grandes inversionistas y capitales nacionales o extranjeros de que toda acción del Estado debe ser protegida dentro del marco de la seguridad jurídica estructurado desde el razonamiento altamente positivista, pero aprovechado por el neoliberalismo que nuestra Constitución también menciona, es decir, el neoliberalismo adapta del liberalismo y el positivismo jurídico su marco normativo de acción, dentro del que tal enfoque la legalidad es un instrumento de prevalencia de los intereses económicos en la acción del Estado. Por ende, la necesidad de desarrollo legal de los DESC para su justiciabilidad que la Corte Constitucional argumenta en sus decisiones son una arista del pensamiento neoliberal que no atiende coherentemente a los requerimientos del Estado social de derecho.

Desde la revisión de las sentencias de la Corte Constitucional y los breves referentes europeos es posible concluir que los tribunales constitucionales optan por diferentes vías para la protección de los DESC en ausencia de legislación: por un lado, en casos específicos de grupos relativamente pequeños de personas en situaciones de desprotección abiertamente inconstitucional, optan por una protección directa y por la defensa de la fundamentalidad de los DESC; sin embargo, determinan que existe un margen de maniobrabilidad importante de los órganos ejecutores del gasto público para adoptar realmente la orden de protección. Por otra parte, en casos de revisión constitucional abstracta, aunque haya afectación particular o colectiva, los tribunales acuden normalmente a las cláusulas de progresividad y prohibición de regresividad,

derivado de acciones judiciales que no buscan juzgar casos particulares para la defensa de los DESC, pero en estos casos relativizando la fundamentalidad plena de los DESC y sometiéndolos al debate legislativo, político y de efecto mediato para la concreción de los DESC. No obstante, acuden a los principios de la dignidad humana y el Estado social de derecho como sustrato esencial para tales manifestaciones. En ambos casos, obviamente, sus funciones jurisdiccionales se activan por acciones de tipo constitucional que les permite adoptar decisiones de gran relevancia nacional y con trascendencia política importante.

La función judicial con tentendencia a la defensa de los DESC, en términos de García (2010: 98), se concibe entonces como una labor reparadora, que en términos de Aristóteles es de justicia correctiva, distinta de la distributiva, y por lo tanto la labor del juez se dedica a identificar violaciones de acuerdo con unos estándares propios del razonamiento jurídico conservador y no de impacto sociojurídico.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich Cosarin, V. y Courtis, C. (1997). *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación en tribunales locales*. Curso básico autoformativo para Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observatorio DESC. Disponible en: [http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Exigibilidad\\_de\\_los\\_DESC\\_-\\_Abramovich.pdf](http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Exigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf).
- (2003). *Derechos sociales, Instrucciones de uso*. México: Editorial Fontamara.
- Ansuátegui Roig, F. (2010). Argumentos para una teoría de los derechos sociales. *Revista Derecho del Estado*, 24, 45-64.
- Arango Rivadeneira, R. (2002). Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. *El Otro Derecho*, 28, 103-122.
- (2005). *Derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Temis.
- Chinchilla Herrera, T. (2009). *¿Qué son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (2002). *Observación General 14*.
- Cruz Parceró, J. (2000). Los derechos sociales como técnica de protección jurídica. En VV. AA. *Derechos sociales y derechos de las minorías* (pp. 87-110). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- (2002). La argumentación de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos*, 122.
- (2005). Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales. Replica a Fernando Atria. *Discusiones: Derechos Sociales*, 4, 71-90.
- De Sousa Santos, B. (2001). *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Bogotá: Escuela Nacional Sindical.

- Espejo Yaksic, N. (2010). Derechos Sociales, Republicanismo y Estado de Derecho. En P. Arcidiacono, N. Espejo, N. y C. Rodríguez (comp.). *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- García Manrique, R. (2010). Los derechos sociales como derechos subjetivos. *Derechos y Libertades*, 23, época II, 73-105.
- (2013). *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*. Madrid: El Viejo Topo.
- Gordillo Pérez, L. (2013). La garantía de los derechos sociales en un contexto de crisis y políticas de austeridad. *Revista Nuevas Políticas Públicas. Anuario Multidisciplinar para la Modernización de las Administraciones Públicas*, 8, 77-90.
- Harvey, D. (2007). *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid: Akal.
- Herreño Hernández, Á. (2008). *¿Todo o nada? Principio de integralidad y derechos sociales*. Bogotá: Comité Editorial ILSA.
- López Murcia, J., Bateman Serrano, A., Vengoechea Barrios, J. y López Patrón, J. (2009). *La garantía de los derechos sociales*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana y Ediciones Gustavo Ibáñez.
- Mutis Caballero, S. (2013). Gasto público en vivienda y agua potable. *Diario la República*, 03-22-2013. Disponible en: [http://www.larepublica.co/gasto-p%C3%BAblico-en-vivienda-y-agua-potable\\_34835](http://www.larepublica.co/gasto-p%C3%BAblico-en-vivienda-y-agua-potable_34835).
- Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de 1966*.
- Nivard, C. (2016). La justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa. *Revista Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 2 (6), 12-33.
- Prieto Sanchís, L. (1995). Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22, 9-57.
- Quesada Plaza, L. (2013). Gasto público y exigibilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis. *Nuevas Políticas Públicas. Anuario Multidisciplinar para la Modernización de las Administraciones Públicas*, 8, 19-37.
- Riveros Pardo, D. (2010). Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural. *Revista Derecho del Estado*, 24, 29-44.
- Ruiz Ruiz, R. y Plazas Gómez, C. (2011). La exigibilidad de los derechos sociales, el caso Colombia. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 14, 3-20.
- Tenorio Sánchez, P. (2011). El Tribunal Constitucional, la cláusula del Estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno en la República Federal. *Estudios de Deusto*, 59 (2), 127-167.
- Vergara Ballén, A. (2015). Gasto público en educación en Colombia: entre la inflexibilidad y la priorización de la inversión. *Revista Nova et Vetera*, 1 (3).

**JURISPRUDENCIA**

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-001 del 3 de noviembre de 1992, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, magistrado ponente: Ciro Angarita Barón
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-042 del 04 de febrero de 1996, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-111 del 06 de marzo de 1997, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-225 del 20 de mayo de 1998, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-819 del 20 de octubre de 1999, magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T— 227 del 7 de marzo de 2003, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-859 del 25 de septiembre de 2003, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T — 096 del 04 de febrero de 2005, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-662 del 10 de agosto de 2006, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-016 del 22 de enero de 2007, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-076 del 31 de enero de 2008, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-414 del 30 de abril de 2008, magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-585 del 12 de junio de 2008, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-659 del 01 de julio de 2008, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-444 del 08 de julio de 2009, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-958 del 16 d diciembre de 2011, magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-717 del 13 de septiembre de 2012, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania, Primera Sección, Sentencia de 9 de febrero de 2010. Texto del comunicado de la oficina de prensa del Tribunal Constitucional federal de 9 de febrero de 2010.