

**Pedro Gabriel Mendivil Guzmán**  
Abogado, especialista en derecho público, ciencia y sociología política de la Universidad Externado de Colombia, candidato a Magíster en Derecho Público de la misma universidad, investigador de tiempo completo de la Corporación Universitaria de la Costa, CUC.  
[pmendivil@cuc.edu.co](mailto:pmendivil@cuc.edu.co)

# **Reforma a las fuentes del derecho. Garantía de justiciabilidad de los DESC\***

## **Palabras clave:**

Justiciabilidad, Realidad Constitucional, Normas Adscritas, Legitimidad Democrática.

## **Resumen**

El análisis de la jurisprudencia sobre los derechos económicos, sociales y culturales, ha permitido plantear un giro en relación al imperio de la ley dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano. En este orden, el activismo de la Corte Constitucional ha sido determinante para hablar de una reorientación del texto del artículo 230 de la C. P. para efectos de hacer eficaz la justiciabilidad de los derechos sociales, lo que aun, no es evidente. Se trata entonces de justificar tal modificación del sistema de fuentes teniendo como antecedente el desconocimiento reiterado del derecho jurisprudencial creado a partir de la sentencias sobre derechos sociales.

## **Key words:**

Justifiability, Constitutional Reality, Assigned Norms, Democratic Legitimacy.

## **Abstract**

The analysis of the jurisprudente about the Economic, Social and Cultural rights, has allowed to raising a turn sources of the Colombian legal ordering. In this order, determining to speak of a reorientacion of the text of article 230 of the P.C. for effects to make effective the justiciability of the social rights, what still, is not evident. It is tried then to justify such modification of the system of sources being had as antecedent the ignorance reiterated of the jurisprudential right created from it sentences on social rights.

---

\* Esta ponencia es resultado de la investigación “Evolución jurisprudencial de los DESC desde la perspectiva del precedente constitucional como fuente de derecho” del Grupo de Investigación Derecho Público, inscrito en Colciencias.

Recibido: abril 3 de 2008 / Aceptado: junio 17 de 2008

## **Introducción**

La investigación, pretendió a partir del análisis de la jurisprudencia constitucional colombiana referente a los DESC, verificar la existencia de una línea jurisprudencial sustentada en el precedente como instrumento indispensable, vinculante y garante de su exigibilidad jurídica, cuya configuración positiva dentro del sistema de fuentes del derecho sirva para fortalecer los principios de seguridad jurídica, igualdad material ante la ley y en la aplicación de la ley.

Como investigación básica, el análisis jurisprudencial se abordó a partir de la selección de las sentencias de revisión de tutela y la recolección de información calificada a través de los instrumentos de recolección de datos que están previstos para esta investigación. Una vez determinados esos aspectos del análisis jurisprudencial, se procedió a utilizar la metodología de análisis estático y dinámico del precedente propuesto por Diego Eduardo López para la elaboración gráfica de la línea jurisprudencial sobre DESC. La investigación, fue descriptiva, se realizó el análisis correspondiente a la jurisprudencia de la Corte en materia de tutela sobre los DESC, su evolución y estado actual. Caracterizamos el problema sobre la obligatoriedad del precedente constitucional en materia de DESC, para determinar su incidencia en la exigibilidad jurídica y en la posición frente a la nueva tendencia sobre fuentes del derecho.

Los resultados que hasta el momento se han obtenido están dados por la confirmación de una línea jurisprudencial sobre DESC, los aportes teóricos para el fortalecimiento del precedente

constitucional como fuente de derecho y como instrumento idóneo para la justiciabilidad de los de los DESC, los aportes para la fundamentación de la configuración positiva de la obligatoriedad del precedente constitucional dentro del sistema jurídico colombiano y el aporte de argumentos para avanzar en la superación de la actual teoría sobre las fuentes del derecho. Todos ellos tendientes a garantizar la justiciabilidad de los DESC.

## **El nuevo concepto de Constitución y la creación jurisprudencial de normas sobre DESC**

Después de más de 15 años de vigencia de la Constitución Política de 1991, los derechos económicos, sociales y culturales, han transitado por un amplio debate jurídico y político que nos ha llevado a identificarlos como unos derechos de mucha complejidad y que suscitan polémicas recurrentes precisamente porque su reconocimiento constitucional no ha sido suficiente para dotarlos de eficacia plena y exigibilidad en comparación con los derechos civiles y políticos cuya fundamentalidad nunca ha sido objeto de controversia.

Abordar el análisis de la jurisprudencia sobre los derechos económicos, sociales y culturales, desde la perspectiva del precedente constitucional como fuente de derecho, llevó al estudio de importantes postulados sobre el sistema de fuentes dentro de un sistema constitucional, no sin antes analizar la importante discusión que viene dada en Colombia desde el seno de la Asamblea Nacional Constituyente

hasta nuestros días entre quienes promueven el valor de las decisiones judiciales en el campo del derecho constitucional colombiano, haciendo de la jurisprudencia un punto de obligada referencia y los que dan un tratamiento de segundo orden para la jurisprudencia, recurriendo al principio del imperio de la ley.

Estas dos tendencias, que no se excluyen en la práctica han logrado abrir otro debate, incluso más interesante, y tiene que ver con la *justicia constitucional* en lo relativo a la participación del máximo juez constitucional en la definición de la dirección política del Estado, cuando ejerce tanto el control abstracto como el control concreto de constitucionalidad.

Esto porque el juez constitucional en ejercicio de esos controles puede llegar a tomar decisiones que en esencia tienen un fundamento político por ser de competencia del legislador, y que en algún momento conllevan la exclusión de ciertas normas del ordenamiento jurídico por ser contrarias a las orientaciones constitucionales o, por el contrario esas normas solo son moldeadas o actualizadas debido a su rezago con la realidad constitucional. Generando esta actuación unas reglas que pasan a formar parte del acervo de normas que no han sido expedidas por el órgano competente que es el Congreso, sin que esto pueda restarles eficacia al momento de su aplicación. Los derechos sociales fundamentales han nutrido en gran parte este debate por todo lo que han significado para la Corte Constitucional.

Sin lugar a dudas, este debate viene dado, por el nuevo concepto de Constitución, que si bien ya era considerada como “norma jurídica”

no tenía carácter vinculante o fuerza jurídica. En palabras de García Pelayo era considerada como una entidad normativa de organización de los poderes estatales, quienes quedaban vinculados solamente a la ley.<sup>1</sup> En este sentido la Constitución tenía como función que se concretaba en la delimitación de los órganos del poder público y de valores y principios generales en cuanto a la producción del derecho. El sistema jurídico estaba supeditado a la vigencia de la ley.

Más tarde, ese despliegue de la legalidad, entró en crisis por el total reconocimiento de las nuevas demandas sociales que ya se venían imponiendo, como la diversidad, el pluralismo y el impacto de las desigualdades sociales dentro de la convivencia social.<sup>2</sup> Se le reconoce entonces, fuerza jurídica a la Constitución y pasa a ser la “norma jurídica suprema”, dada su fuerza vinculante.

Consecuencia lógica de lo anterior, es que los tribunales constitucionales en su labor de

1. (...) “era meramente apuntando y carecía de significación para el despliegue sistemático del derecho constitucional, pues como decimos, este partía más bien de la Constitución considerada como pura entidad normativa, como unas normas jurídicas que designan los órganos supremos del Estado y fijan sus competencias, como el grado superior jurídico positivo en el proceso de producción del derecho (...). No hay más orden en la vida estatal que el legal y objetivo, valedero para todos los casos y al que quedan vinculados los órganos superiores del Estado.” Manuel García Pelayo. *Trecho constitucional comparado*. Madrid, Alianza Editorial S.A., 1984, p. 56.
2. “La ley —en este punto de su historia— ya no es la expresión pacífica de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere “constitucionales” del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a un grupo igualmente identificable) que persigue intereses particulares”. Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta S.A., 1995, p. 38.

guarda y garantes de la fuerza normativa de la Constitución toman una posición privilegiada dentro de los poderes públicos, sobre todo frente al legislativo en cuanto debe controlar que la producción de leyes se haga conforme a las orientaciones de la Constitución.

Indudablemente la razón de ser y la estructura del Estado cambian, porque la Constitución es el centro del ordenamiento jurídico y por ende se hace necesaria una real garantía para su protección, con lo cual la jurisdicción constitucional en cabeza de la Corte Constitucional adquiere un lugar de suma importancia en el esquema del poder estatal. En palabras de García Pelayo: *el Tribunal es, así la garantía jurisdiccional sin la que no hay un verdadero Estado Constitucional*.<sup>3</sup>

Todo este legado doctrinal, es acogido por nuestra Constitución Política de 1991 donde de manera clara, en su artículo 4º reafirma su carácter de norma de normas,<sup>4</sup> reafirma su permanencia por medio de las garantías constitucionales: el sistema de control constitucional de las leyes y el procedimiento para su reforma, y lo más importante creó esa garantía jurisdiccional en cabeza de la Corte Constitucional. Pero en el sistema de fuentes no se reflejó ese avance, porque consagró en el artículo 230 la sujeción de los jueces solo al “imperio de la ley” y le atribuyó carácter de criterio auxiliar a la jurisprudencia

dentro de la actividad judicial. Tema este que ya fue expuesto en el anterior encuentro regional de la RED.

Pero el Estado Constitucional de Derecho no solo reafirma la importancia de la Constitución, sino también de los derechos contenidos en ella, lo cual, implica que el Estado no se debe limitar a proclamar los derechos sino que tiene que tomar las medidas conducentes para hacerlos efectivos.

En este contexto, al lado de los derechos civiles y políticos aparecen los derechos económicos, sociales y culturales orientando la actividad del Estado y específicamente del legislador, que debe entonces establecer todas las regulaciones necesarias para su realización efectiva, conforme a los tratados y convenios internacionales. La ley juega entonces, un papel esencial, a veces ineludible, en la materialización de los DESC; pero no ha sido determinante. Indudablemente que en el modelo de Estado Constitucional del que se viene hablando, las decisiones de los jueces constitucionales adoptadas en las acciones de nulidad e inconstitucionalidad, en las acciones populares o incluso en la *acción de tutela* se ha convertido en medios e instrumentos jurídicos idóneos, tan importantes como la ley, para su realización.

Sin duda han sido los Jueces Constitucionales los que han logrado consolidar una línea jurisprudencial que ha brindado solidez a su tesis sobre la naturaleza de los DESC. Al principio, la Corte Constitucional enmarcó su jurisprudencia dentro del criterio de diferenciar los derechos que podían ser protegidos mediante la acción de

3. Manuel García Pelayo. El estatus del Tribunal Constitucional. *Revista Española de derecho constitucional*. Enero-abril 1982. Vol. 1, No. 1, p. 18.

4. Constitución Política de Colombia, artículo 4º “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...”.

tutela y los derechos prestacionales, los cuales eran amparados bajo el criterio de conexidad con los derechos propiamente fundamentales.

En la sentencia T-016 de 2007, la Sala Séptima de Revisión, y luego la T-763 de 2007, desarrolló el criterio jurisprudencial, sobre el carácter fundamental de todos los derechos sin hacer distinción entre derechos políticos, civiles, sociales, económicos o culturales.<sup>5</sup>

Un significado avance plantea la sentencia C-335 de 2008 en cuanto al acatamiento y respeto del Precedente Constitucional. En efecto, la Corte Constitucional al examinar un cargo de inconstitucionalidad sobre el artículo 413 del Código Penal que consagra el tipo penal de prevaricato por acción expresó: “... Ahora bien, la Corte estima que a efectos de determinar si realmente un servidor público,

en un caso concreto, incurrió en el delito de prevaricato por acción por desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte la cual comporte, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, resultará indicativo examinar si se está en presencia de un manifiesto alejamiento del operador jurídico de una subregla constitucional constante. En efecto, los fallos de reiteración se caracterizan porque la Corte (i) simplemente se limita a reafirmar la vigencia de una subregla constitucional perfectamente consolidada; (ii) su número resulta ser extremadamente elevado; y (iii) constituyen interpretaciones constantes y uniformes de la Constitución, la ley o un acto administrativo de carácter general, por parte del juez constitucional.”<sup>6</sup> Resaltado fuera de texto.

Sin embargo, la sentencia tuvo un salvamento de voto, que a mi entender, es la condensación de posiciones jurídicas que hacían perder fuerza al precedente y en la práctica se acogía. Tal percepción hoy está reflejada en la posición asumida por el magistrado Jaime Araújo Rentería.<sup>7</sup> Esta sentencia está corroborando expresamente la fuerza vinculante de los precedentes constitucionales y obligará a los jueces a examinar con detenimiento los casos de tutela en los que muchas veces fallan contrario a derecho.

5. Sierra Porto Humberto. Sentencia 016 de 2007. Como se ve muy bien, el asunto más relevante respecto de la conexidad no se ligaba tanto con el carácter fundamental de los derechos –asunto que hoy parece estar fuera de discusión, tanto más cuanto, como se indicó, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos aprobados y ratificados por Colombia tienden a resaltar el carácter fundamental de todos los derechos sin distinguir si se trata de derechos políticos, civiles, sociales, económicos o culturales– sino, se vinculaba, más bien, con la manera misma de hacer efectivos en la práctica estos derechos. (...). Según esta óptica, la implementación práctica de los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal, que despojar a los derechos prestacionales –como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros– de su carácter de derechos fundamentales resultaría no solo confuso sino contradictorio. Al respecto, se dice, debe repararse en que *todos* los derechos constitucionales fundamentales –con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente– poseen un matiz prestacional de modo que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad. Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos mediante los cuales se han logrado superar esta diferenciación artificial que hoy resulta obsoleta así sea explicable desde una perspectiva histórica.

6. Sentencia C-335 de 2008 M.P. Humberto Sierra Porto.

7. Salvamento de voto a la sentencia C-335 de 2008. “A mi juicio, el sistema jurídico colombiano no admite el precedente jurisprudencial obligatorio, como quiera que la Constitución Nacional consagra en el artículo 230 el principio de autonomía de los jueces, que en sus decisiones solo están sujetos al “imperio de la ley”, de modo que no se encuentran obligados a seguir una determinada jurisprudencia y por tanto, esta

### **Las subreglas jurisprudenciales sobre DESC como actos creadores de derecho**

Para abordar el análisis de este debate es necesario retomar los argumentos que sostienen que las sentencias además de ser un acto procesal, son un acto creador e integrador del derecho<sup>8</sup> y remitirnos también a la pregunta ¿qué es una fuente de derecho?

Al hablar de fuentes de derecho nos introducimos en un campo amplio, en el cual se pueden adoptar varias acepciones, que pueden conducirnos a una definición pura y simple de fuente del derecho como “acto dirigido a la creación del derecho”.

En este orden, doctrinalmente, se habla de fuente referida al contenido del “acto creador”, que tiende primordialmente a establecer “prescripciones generales y abstractas, o prescripciones generales e individuales”, o referida a un conjunto de decisiones de los jueces.<sup>9</sup> En conclusión, aquí lo que interesa y resulta determinante es la esencia misma del acto que pueda evidenciar un “efecto normativo”. Es, pues, una cualidad interna e intrínseca de la fuente.

En oposición al anterior concepto de fuente, está la tesis que se fundamenta en que el carácter de fuente del derecho se ubica no en el “contenido

del acto” como tal, sino en la “forma del acto”, esto es, que al margen del contenido del acto, el carácter de fuente está dado por la forma que este adopte. En este sentido, puede tomar el carácter de fuente cualquier acto concebido como tal los actos autorizados a producir derecho y los actos provistos de eficacia general.<sup>10</sup>

En efecto, la cualidad que ha venido ganando las sentencias de tutelas sobre DESC, es la de convertirse en precedente vinculante, cuando cataliza una norma, crea nuevas reglas, no obstante, de que se piense que tal facultad es solo aparente, e incluso así se piense en el juez constitucional como legislador negativo.

Como se trata de argumentar en esta investigación la necesidad de modificar el sistema de fuentes en el sistema jurídico colombiano, empezamos compartiendo la tesis de que el juez constitucional no se limita simplemente a sacar una norma del ordenamiento jurídico, sino que a partir de una interpretación, la adecúa a la realidad constitucional; estamos, en presencia del ejercicio de una función de legislador positivo, toda vez que en esos casos se crea una norma diferente a la inicialmente sometida al escrutinio del juez constitucional y por tanto queda vinculada al ordenamiento jurídico vigente.<sup>11</sup>

En el mismo sentido, cuando la Corte ha interpretado constitucionalmente en múltiples

---

conducta no puede constituir de ninguna manera delito de prevaricato por acción, si se tiene en cuenta que el precepto constitucional solo le da a la jurisprudencia el carácter de “criterio auxiliar”. Aceptar esta posibilidad, viola en mi concepto, el artículo 230 de la Constitución Política.

8. Francisco Rubio Llorente. *La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho en la forma del poder*. Madrid.

9. Ricardo Guastini. *La fuente del derecho e interpretación*. Giuffrè Editores. Milano, 1993, p. 7.

10. *Ibidem op. cit.*, pp. 9-11.

11. Sandra Morelli Rico. *La Corte Constitucional; ¿un legislador complementario? Temas de Derecho Público*. Instituto de Estudios Constitucionales. Carlos Restrepo Piedrahíta. Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 72.

ocasiones la ley que materializa el derecho a la salud, o el reglamento de un establecimiento educativo o la autonomía universitaria o la licencia de maternidad para darle una dimensión constitucional. Aquí la ley o el reglamento tienen eficacia únicamente por cuanto la Corte ha determinado su alcance o porque le ha restringido a cierto sentido. Así mismo, cuando delimita el contenido y alcance de un valor, principio o precepto constitucional, la sentencia implica una verdadera creación del derecho.

Por ejemplo en la sentencia T-336 de 2006, la Corte después de abundante jurisprudencia, reitera que el derecho al descanso remunerado no puede ser entendido simplemente como rango legal, cuyos conflictos se ventilan ante la justicia laboral, sino como un asunto de relevancia constitucional. Esta es una interpretación que se ha constituido en norma general aplicable para un caso análogo.

Para afianzar el anterior argumento, resulta también plausible el planteamiento sobre la “norma adscrita” que subyace de las sentencias, cuyo valor creador de derecho no se puede discutir. En este sentido, el soporte de este planteamiento se encamina a diferenciar lo que son disposiciones jurídicas y normas jurídicas, partiendo de la propuesta de Vezio Crisafulli en su obra *Enciclopedia del Distrito*,<sup>12</sup> y en este orden sostiene que “las sentencias en su parte resolutoria aparecen como un conjunto

de disposiciones y no de normas jurídicas. Las fuentes de derecho son disposiciones en sentido de textos o enunciados de los cuales, considerados de manera aislada no tienen ningún significado. Dicho de otro modo, los textos jurídicos son solamente disposiciones, signos que establecen ciertas normas”.<sup>13</sup>

La anterior propuesta fue argumentada en la Corte Constitucional, por los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, en la aclaración de su voto en la sentencia C-543 de 1996.

La anterior argumentación permite llegar hasta las innumerables subreglas que en materia de derechos sociales ha construido la Corte Constitucional a partir de la revisión de las sentencias de tutelas proferidas por los jueces inferiores. Esas “subreglas” han sido utilizadas una y otra vez por la misma Corte a través de la figura de la “reiteración de jurisprudencia para rectificar o restablecer el derecho vulnerado, de manera que habida cuenta de la utilización permanente de esos precedentes, no podría existir dudas de que ya están integrados al ordenamiento jurídico pero aun son desconocidos por los jueces inferiores de tutela.

Por tanto, las sentencias de tutela sobre derechos sociales, su parte motiva, se han convertido en el típico ejemplo de sustentación de verdadera creación de derecho, es decir, son una fuente de derecho, habida cuenta que en primer lugar, analizadas desde el punto de vista de su contenido, en su interior se des-

12. Vezio Crisafulli. Ver “Disposiciones (e norma)”. Enc. del derecho. Tomo XIII, p. 165. Cit. Bernal Pulido Carlos. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico colombiano.

13. Bernal Pulido Carlos. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico colombiano.

pliega una labor interpretativa, muchas veces “integrativa y reorientadora del ordenamiento”. Es claro entonces, que toda esta construcción jurisprudencial sobre DESC hay una labor creadora de derecho, pero que el estudio de casos como los anteriores arroja como resultado la poca eficacia que se reconoce a estas elaboraciones del Juez Constitucional por quienes resuelven los casos del día a día.

### **La jurisprudencia constitucional sobre DESC en la jerarquía de las fuentes de derecho**

Si se acogiera en definitiva la argumentación sobre la verdadera labor creadora del derecho que tienen las sentencias de revisión de tutela, no tendría razón de ser proponer su configuración positiva dentro del sistema de fuentes, no estaríamos hablando de la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de aplicación material de la igualdad ante la ley. La cuestión, es que parece no entenderse el grado de acatamiento que producen dichas sentencias, en el momento que crean derecho. Sin embargo, se debe insistir sobre todo pensando en la justiciabilidad de los derechos sociales.

La primera idea que puede tenerse es que la sentencia, en virtud del contenido mismo del derecho que se somete a control, tiene en consecuencia su misma posición en el sistema de fuentes, es decir que después de la Constitución la sentencia comparte el escalafón con la ley.<sup>14</sup>

Para otra parte de la doctrina, la sentencia o la jurisprudencia contenida en ella podría situarse

en un lugar intermedio entre la Constitución y la ley, en el evento de interpretación constitucional<sup>15</sup> y en un lugar equitativo a la ley, en el caso de interpretación constitucional de leyes, es decir se le reconoce un lugar idéntico al de la ley. En este caso, teniendo en cuenta que la ley al ser interpretada al tenor de la Constitución, se le da una dimensión constitucional, por tanto no podría situarse en un lugar inferior a la ley.

Nos orientamos en compartir esta alternativa porque las sentencias en el control concreto implican siempre una labor de interpretación de la Constitución y por ello no podría equipararse al nivel de la ley, independiente de que sea la ley objeto de constitucionalidad.

En el caso de los derechos sociales fundamentales, que en la mayoría de los casos se analizan cuestiones legales y reglamentarias, al buscar una solución de constitucionalidad se interpretan conforme a la Constitución, ello no significa que la interpretación misma y por ende la sentencia desmerezca el rango constitucional.

### **El juez constitucional y la legitimidad democrática para crear derecho**

Para sustentar una reforma al sistema de fuentes del derecho en nuestro sistema jurídico –propuesta final de esta investigación– como alternativa para garantizar la justiciabilidad de los DESC, es preciso entrar en defensa de principios medulares de un Estado Constitucional y Social de Derecho, como son: el acceso a la justicia, confianza legítima e igualdad

14. Francisco Rubio Llorente. *La forma del poder*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 482.

15. Humberto Sierra Porto. *Sentencias de inconstitucionalidad*. Bogotá. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta. Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 8.

material, entendida como la necesidad de que los derechos sociales fundamentales sean efectivamente realizados a todos y controlar la arbitrariedad judicial, contribuye más bien a reordenar el debate teórico sobre unos puntos sensibles de la Justicia Constitucional, como ha sido el de la legitimidad del juez constitucional para crear derecho, problema que no está dado para el poder legislativo.

La legitimidad del poder Legislativo descansa no solo en su origen, –elección directa– sino en el procedimiento de producción de las normas.<sup>16</sup> En cambio la actividad judicial, inicialmente no cumple ninguno de esos requisitos, dado que su origen no está en una elección directa de los ciudadanos. Sus decisiones, son tomadas por fuera de la deliberación pública; en palabras de Nino, “en la soledad de sus despachos”.<sup>17</sup> Sin embargo, aunque parezca paradójico, al juez constitucional se le confía la guarda e integridad del procedimiento legislativo en relación a la Constitución. Es posible, que se esté reconociendo que en la actividad del juez constitucional no están del todo ausentes algunas de las condiciones de legitimidad democrática.<sup>18</sup> Indiscutiblemente que se va a convertir en una limitación para la propuesta.

El debate sobre la protección de los derechos sociales por vía de tutela no se ha reducido solamente al problema de sus efectos económicos, *ni tampoco al problema interpretativo o dogmático*. El contexto en que deciden los jueces en materia

de derechos sociales fundamentales, está marcado por el debate referenciado al inicio de este capítulo –Derecho Judicial o Jurisprudencial vs. Derecho Legislado–, las relaciones del juez constitucional con la legislación, entendida esta como la expresión democrática encargada de la producción del derecho.<sup>19</sup> Está dada por el imperativo democrático de que los derechos sociales deben ser desarrollados prioritariamente a través de las leyes. Los jueces, según este imperativo de la tendencia del derecho legislado, están llamados solo a cumplir una “función remedial”, en los casos en que la ley es insuficiente para garantizar los derechos. Este enfoque, es criticable dada la debilidad del sistema democrático en nuestro país y sobre todo en las limitaciones permanentes para defender derechos sociales a través de la legislación.<sup>20</sup>

La evidencia que se tiene de un poder legislativo inoperante en el campo del reconocimiento de garantías para los derechos sociales, sirve para justificar el activismo del juez constitucional, como alternativa contra la omisión del legislador. La justificación de la dinámica del juez constitucional en materia de DESC no parece tener la misma fuerza cuando existe un desarrollo legislativo garante de la Constitución, que cuando este no existe.<sup>21</sup> En este último caso, la distancia entre la situación de vulnerabilidad y desamparo de los ciudadanos que acuden a la justicia utilizando como instrumento la tutela, por una parte, y la fuerza normativa y protectora

16. Gloria Patricia Lopera.

17. Carlos Santiago Nino. Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 685.

18. Ibidem.

19. Sentencia T-763 de 2007. Magistrado ponente Humberto Sierra Porto.

20. Ibidem. *Op. cit.*

21. Sentencia T-763 de 2007. MP. Humberto Sierra Porto.

de los derechos sociales constitucionales, por la otra, crea en el juez una justificación axiológica de su activismo y de su intromisión en las competencias dadas al principal ejecutor del principio democrático, el poder legislativo.<sup>22</sup>

Para seguir defendiendo nuestra propuesta, es preciso rescatar del ejercicio del juez constitucional cuando hace la revisión de expedientes de tutela sobre derechos sociales, las condiciones en que adopta el fallo de revisión, las cuales en sumo cuidado, permiten asegurar que se garantiza tanto la deliberación como la imparcialidad, atributos que son de la esencia del procedimiento democrático y que algunos autores le dan por nombre “pasividad procesal” de la jurisdicción o deber de motivación.<sup>23</sup> En ese mismo sentido se ha señalado que algunas características del procedimiento judicial tienden a asegurar una calidad deliberativa incluso superior a las que se obtienen en el Parlamento.<sup>24</sup> Por tanto, hay que dar el debate para que el argumento de ausencia de legitimidad democrática del juez constitucional, no limite el propósito de asegurarle a la jurisprudencia y por ende al precedente que se construye desde sus contenidos un lugar en las fuentes del derecho.

### Conclusiones

1. La imagen de los derechos sociales como derechos exclusivamente preaccionales y económicamente costosos ha sido deter-

minante a la hora de justificar su protección, además, contraponiéndolos a los derechos civiles y políticos, que por el contrario solo generan obligaciones negativas, clasificación, que con excepción de la sentencia T-016 de 2007, aun acoge la Corte. Con algunos matices.

2. La justiciabilidad de los DESC, su eficacia directa deberá defenderse a partir del reconocimiento del carácter fundamental de todos los derechos sin distinguir si se trata de derechos políticos, civiles, sociales, económicos o culturales, solo conectados a los valores y principios de la Constitución, por lo cual su realización no dependerá exclusivamente de la intervención del legislador.
3. El recorrido argumentativo y jurisprudencial sobre los DESC, nos permite afirmar que el balance constitucional obtenido de los fallos de tutela revisados por la Corte Constitucional, en materia de derechos económicos, sociales y culturales sí logra construir unas líneas jurisprudenciales, tanto de su naturaleza como de obligatoriedad de sus precedentes.
4. No existe aun la cultura jurídica del acatamiento del precedente por parte de los jueces inferiores y dentro de las mismas salas de revisión de la Corte, existen algunos matices que no comprometen la línea, pero sí demuestra inconsistencia en cuanto a la fuerza de la tesis, lo cual, no permite aun, hacer de esta figura un instrumento cien por ciento eficaz para la justiciabilidad de los DESC.
5. Como consecuencia de lo anterior, el reconocimiento efectivo del precedente como fuente de derecho, debe hacerse explícito

22. *Ibidem*.

23. Luis Prieto Sachis. Ideología e interpretación jurídica. Madrid, Tecnos, 1987, p. 11.

24. Víctor Ferreres. Justicia constitucional y democracia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

en una reforma al sistema de fuentes como alternativa real para garantizar los principios de acceso a la justicia, seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley.

6. Como alternativa a la reforma del sistema de fuentes se deberá proponer al Congreso de la República la inserción de todas las subreglas jurisprudenciales en un texto legal, de manera que pueda ser expresa la vinculación tanto del juez como del particular prestador de servicios públicos y así superar la constante de los fallos que tienen como fuente la negación de los derechos sociales por parte de las entidades encargadas de prestarlos, arguyendo exclusivas razones de tipo contractual o legal, que resultan desproporcionadas e irrazonables frente a la efectividad de los precitados derechos.

### **Bibliografía**

- Bernal Pulido, Carlos. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico colombiano.
- Crisafulli, Vezio. Ver "Disposizione (e norma)". Enc. del derecho. Tomo XIII, p. 165. Cit. Bernal Pulido Carlos. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico colombiano.
- Ferreres, Víctor. Justicia constitucional y democracia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- García Pelayo, Manuel. El estatus del tribunal constitucional. Revista Española de Derecho Constitucional. Enero-abril 1982, Vol. 1 No. 1.
- García Pelayo, Manuel. Trecho Constitucional Comparado. Madrid, Alianza Editorial S.A., 1984, p. 56.
- Guastini, Ricardo. La fuente del derecho e interpretación. Giuffré Editores. Milano, 1993.
- Lopera, Gloria Patricia.
- Morelli Rico, Sandra. La Corte Constitucional, ¿un legislador complementario? Temas de derecho público. Instituto de Estudios Constitucionales. Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 1997, 72.
- Prieto Sachis, Luis. Ideología e interpretación jurídica. Madrid. Tecnos, 1987, p. 11.
- Rubio Llorente, Francisco. "La forma del poder. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 482.
- Rubio Llorente, Francisco. "La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho" en la Forma del poder. Madrid.
- Santiago Nino, Carlos. Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires. Astrea, 1992, p. 685.
- Sentencia T-763 de 2007. Magistrado ponente Humberto Sierra Porto.
- Sentencia T-763 de 2007. MP. Humberto Sierra Porto.
- Sierra Porto, Humberto. Sentencia 016 de 2007.
- Sierra Porto, Humberto. Sentencias de inconstitucionalidad. Bogotá. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 8.
- Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 1995, p. 38.