

Condiciones de justiciabilidad de los DESC a través de la acción de tutela: análisis de dos escenarios constitucionales de aplicación*

*Mckenzie Karina Torres Bru***

Recibido: abril 13 de 2015

Aprobado: mayo 13 de 2015

Resumen

La evolución conceptual que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales han tenido dentro del derecho colombiano, en gran medida, se ha forjado a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual mediante sus sentencias ha marcado varios criterios a favor de la justiciabilidad de estos derechos, que en principio no podían ser exigidos por medio de la acción de tutela pues eran concebidos como normas programáticas y esa herramienta constitucional solo es aplicable a los derechos fundamentales, años más tarde la misma Corte fue reestructurando esta posición y empezó a explicar las condiciones en las que excepcionalmente estos derechos podían ser exigidos por vía de tutela en este texto se presentan dos escenarios constitucionales en los que la Corte ha viabilizado la herramienta de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Palabras claves: Corte Constitucional, Tutela, Sentencias, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, justiciabilidad.

* Este texto es un resultado del proyecto titulado “*Tutela Jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, desarrollado en mi calidad de “*Joven investigadora*” del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco en Convenio con la Universidad de Medellín.

** Mckenzie Karina Torres Bru estudiante de 9 semestre de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco, integrante del semillero Humana Iuris, karitorres2792@hotmail.com celular: 301-4723869

Terms of justiciability of ESCR through the tutelage: analysis of two constitutional scenarios of application.

Abstract

The conceptual evolution Economic, Social and Cultural Rights have been in Colombian law largely forged by the jurisprudence of the Constitutional Court, which through its judgments has set several criteria for the justiciability of these rights, which in principle could not be required by the tutelage as these were conceived as simple programmatic standards and this constitutional tool only applies to fundamental rights , years later the Court itself was restructuring this position and began to create certain exceptional cases in which these rights can be required by way of protection.

Keywords: Constitutional Court, Guardianship, Judgments, Economic, Social and Cultural Rights, justiciability.

Introducción

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también llamados de segunda generación durante algún tiempo, les fue negada su ius fundamentalidad por considerarlos enunciados programáticos que debían alcanzar los Estados con el pasar del tiempo de acuerdo con el principio de progresividad. En la teoría del doctrinante Robert Alexy los DESC tienen una triple proyección¹:

- A. Derecho a protección
- B. Derecho a organización y procedimiento
- C. Derechos a prestaciones en sentido estricto derechos sociales fundamentales.

Refiriéndonos a la tercera categoría es decir, derechos a prestaciones en sentido estricto de derechos sociales fundamentales aquí el titular del derecho tiene la facultad de exigir judicialmente la efectividad de su derecho.

Después de muchas sentencias que hablan sobre los derechos prestacionales en Colombia la corte ha unificado criterios y manifestó lo siguiente acerca de estos:

“La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario. A lo anterior se agrega la necesidad y la conveniencia de que los miembros de la comunidad, gracias a sus derechos de participación y fiscalización directas, intervengan en la gestión y control del aparato público al cual se encomienda el papel de suministrar servicios y prestaciones. “El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica”.

Lo anterior quiere decir, que estos derechos deben ser exigidos en la manera en que el Estado cuente con la capacidad presupuestal para desarrollarlos a través de leyes que el legislativo expida, por consiguiente aquí nace la obligación estatal de brindar las condiciones materiales para el disfrute real de estos derechos y que no se queden en abstracto en simples normas de papel. Aquí los ciudadanos juegan un papel fundamental ya que son estos los que deben estar pendientes y fiscalizar que se vayan cumpliendo con estas obligaciones. No es sano que en un Estado social de derecho los jueces simplemente decreten las prestaciones que deben ser cumplidas por el Estado y así dejar a un lado las demás funciones de los otros órganos del poder público, eso debe ser una excepción, ya que el juez al momento de reconocer dicha prestación debe tener en cuenta condiciones de viabilidad presupuestal y legal que por su puesto están a cargo del legislativo.

En el caso de Colombia estos fueron incluidos como plenos derechos en la Constitución de 1991, pero a raíz de su ubicación en el texto, al principio se tornó confusa su fundamentalidad, ya que un sector de la doctrina internacional, como por ejemplo E.W. Vierbag, afirmaba que estos no eran derechos fundamentales ya que no se encontraban ubicados dentro del título con este nombre, otros como Pedro Gabriel Mendivil Guzman, consideraban que si lo eran a pesar de no estar ubicados dentro del título “de los derechos fundamentales”, la Corte Constitucional posteriormente aclaró esto y dijo que se ubicaron de esta manera los derechos por cuestión metodológica, pero que en la constitución hay más derechos fundamentales que los que aparecen dentro del título, esto se aclaró en la sentencia T-571 de 1992.

A raíz de lo anterior a principios de los años 90, en nuestro país era impensable que un juez por medio de una acción de tutela, que es el mecanismo de protección exclusivo para los derechos fundamentales pudiese ser empleado para garantizar

1 Robert Alexy, Teoría de los derechos Fundamentales, Paginas 435 a 501.

un Derecho Económico, Social y Cultural (en adelante DESC) pero con el paso del tiempo la Corte fue desarrollando algunos criterios para que esta acción procediera facilitando justiciabilidad de estos derechos. En el presente artículo referenciaremos el desarrollo jurisprudencial en torno a este tema, a partir del estudio de dos escenarios constitucionales determinado por la eficacia de la Acción de Tutela como mecanismo de Protección del Derecho a la seguridad social y a la vivienda digna, ambos considerados derechos de segunda generación por la doctrina de derechos humanos.

En la presente investigación se realizó una línea jurisprudencial con las sentencias proferidas por la Corte Constitucional Colombiana tendientes a la justiciabilidad de los DESC a través de la acción de tutela, para analizar cuáles son las condiciones de justiciabilidad de estos derechos, partiendo de la jurisprudencia colombiana. Esta metodología de análisis nos permite establecer cuáles son los criterios jurisprudenciales que son manejados por los jueces colombianos al momento de dirimir una controversia en la que se involucra un derecho de segunda generación.

Diferentes escenarios de justiciabilidad de los DESC a través de la accione de tutela

Al realizar un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de DESC, se han identificado dos escenarios de justiciabilidad muy favorables, tendientes a su protección por vía de acción de tutela. Aunque en principio en Colombia era impensable que un juez brindara protección a un derecho como por ejemplo el de la seguridad social a través de la tutela, al pasar los años este criterio ha ido evolucionando, hasta llegar al punto de que un individuo pueda interponerla en caso de verse su derecho. En este orden de ideas, el problema jurídico que se planteó en esta investigación fue ¿Cuáles son las condiciones de justiciabilidad de los DESC a través de la Acción de Tutela en Colombia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana?

Se identificaron inicialmente dos escenarios constitucionales en los cuales se ha desarrollado la justiciabilidad de los DESC a través de la acción de tutela, el primero relacionado con el derecho a la Seguridad Social y el segundo con el derecho a la Vivienda Digna, para el primero se identificó la sentencia T-730 de 2012 como arquimédica, y para el segundo la T-530 de 2011, ya que en cada una de estas se describe de manera completa la evolución que han tenido estos derechos a través de la jurisprudencia para lograr una protección excepcional por vía de tutela. De cada una de ellas se realizó un proceso de ingeniería de reversa, el cual consiste en mirar cada una de las sentencias que fueron citadas en las arquimédicas y luego las que fueron citadas en las anteriores, al final tenemos un nicho citacional que son todas las sentencias referenciadas en las anteriores, que tratan el tema estudiado.

Primer Escenario Constitucional: La Acción de Tutela como mecanismo de Justiciabilidad del Derecho a la Seguridad Social

Analizando el primer escenario se evidenciaron dos posiciones extremas del Alto Tribunal Constitucional, en primera instancia no admitía la posibilidad que los DESC fueran justiciables a través de la acción de tutela y el segundo se inclinaba por la tesis que estos derechos si son justiciables mediante la herramienta constitucional.

La segunda tesis, parte de la T-406 de 1992 como fundadora, fue en este pronunciamiento con ponencia del Magistrado Ciro Angarita Varón que por primera vez la Corporación se refiere a la posibilidad de exigir el cumplimiento de los DESC a través de Acciones de Tutela.

Se plantea el criterio que existen derechos fundamentales de aplicación inmediata y otros que no lo requieren, los primeros no requieren de una norma que los desarrolle y por ende su protección de debe dar de manera directa, a contrario *sensu* los que no lo son no pueden ser exigidos de manera directa como es el caso de los

DESC; pero a pesar de esto la Corte afirma que hay derechos que aunque pertenezcan a esta categoría son de aplicación inmediata como es el caso de los derechos del niño art 50 C.P, art 53 de los principios fundamentales de los trabajadores, etc. Frente a la justiciabilidad de los DESC a través de la acción de tutela, estableció que esta solo procede en el evento en que con ocasión de estos se esté vulnerando un derecho fundamental, y ante el vacío legislativo frente al desarrollo de determinado derecho entra a intervenir y de ser necesario requerir a las autoridades necesarias para la protección del mismo.

Los hechos motivadores de la sentencia se dieron en la ciudad de Cartagena de Indias, donde se presentó un caso que involucra los conceptos mencionados con anterioridad, en el barrio Vista Hermosa las Empresas públicas de Cartagena iniciaron la construcción de un alcantarillado pero por cuestiones presupuestales no lo terminaron, dejando destapado gran parte de la obra y produciéndose con esto la propagación de olores ofensivos que afectaban flagrantemente el derecho a la salubridad de los habitantes del sector y de barrios aledaños. Ellos iniciaron acciones constitucionales contra las Empresas públicas, pero el Tribunal superior de Bolívar denegó la protección a este derecho por no ser un derecho fundamental y la acción de tutela únicamente es aplicada a los derechos ubicados en el título I de la Carta política.

Analizando la postura del Tribunal de Bolívar, la Corte afirma que no es descabellada, ya que para la época era el concepto que se manejaba respecto a este tema, pero en la revisión de esa tutela ampara el derecho a la salubridad pública como un derecho fundamental debido a que con su conculcación se estaba poniendo en peligro el derecho a la vida, salud y debía prevenirse un daño irremediable a los habitantes de Vista Hermosa y barrios aledaños. Por otro lado, si en su momento se aprobó la realización de la obra era porque contaban con el presupuesto necesario para la construcción de la misma, por ello no es un argumento válido por parte de las Empresas

públicas de Cartagena decir que no tenían los recursos disponibles para culminar la misma. Con esta sentencia se empieza a escribir una nueva historia en Colombia respecto a la justiciabilidad de los DESC y se habla del principio de conexidad con derechos fundamentales.

Años más tarde en la que puede considerarse sentencia consolidadora de línea la T-417 de 1997, la Corte entra a resolver un caso en el cual se involucran los derechos a la salud, seguridad social e igualdad de un particular que trabajaba en el Congreso y padecía SIDA, el cual fue valorado y se determinó que había perdido en un 100% su capacidad laboral por lo que necesitaba la pensión de invalidez, pero el fondo al cual estaba afiliado nunca respondió si la otorgaba o no motivo por el cual el interesado acudió a la Defensoría del Pueblo para que requiriera al Fondo a responder si la otorgaba o no, a lo que respondió que para hacerlo debían valorar nuevamente al señor. Al realizarla el resultado fue que el particular había perdido la capacidad laboral en un 29.33% y este porcentaje es muy bajo para poder acceder a dicha pensión por lo que la niegan; el peticionario luego de agotar la vía gubernativa interpuso una acción de tutela como mecanismo transitorio para la salvaguarda de sus derechos.

En primera instancia, el juzgado octavo de Santa Fe de Bogotá en sentencia del 9 de diciembre de 1996, ordena la protección de los derechos a la vida, dignidad humana, salud e igualdad del peticionario y prescribió al Fondo, en un término de 48 horas prestar los servicios de salud al accionante. Consideró el juzgador de instancia que la enfermedad que padece el peticionario es muy agresiva y va terminar acabando con su vida, por tanto no se puede negar la relación directa que existe entre el derecho a la salud y la vida en el caso concreto.

Esta sentencia fue apelada y al ser dirimida ante el Tribunal fue revocada, sustentando su decisión en que el derecho a la salud es un derecho prestacional el cual debe ser desarrollado por medidas legislativas y que la tutela no es el

mecanismo idóneo para su protección, ya que la Constitución le brinda a este otros medios para que invoque el acceso al mismo. Frente a esto la Corte se pronunció diciendo que si bien es cierto que esta le ha dado el carácter de derechos prescricionales al de la salud y seguridad social, que tienen mecanismos de protección diferentes a la acción de tutela, esta si puede ser invocada para la protección de estos siempre que se vulnere un derecho fundamental y que no existe medio de protección idóneo o que existiendo se cause un perjuicio irremediable. En el caso concreto si existe un mecanismo el cual es la vía contenciosa administrativa y en efecto el particular la inicio pero es indiscutible que existe un daño irremediable que debe ser prevenido a través de la tutela, por lo cual la Corte resuelve revocar la sentencia de segunda instancia y confirmar la de primera modificando que se tutelan los derechos como mecanismo transitorio.

En el caso concreto se ve como el juez de primera instancia accede a proteger los derechos del peticionario por considerar que este se encuentra en un estado de menoscabo y necesita la protección inmediata de sus derechos debido a su grave condición de salud, y luego en segunda instancia el tribunal lo revoca porque los derechos que busca proteger no son derechos fundamentales si no de contenido programático y no es la tutela el mecanismo idóneo para ello, por la simple ubicación de los derechos dentro de la Constitución, desconociendo la relación de los mismos con la dignidad humana y el mínimo vital. Afortunadamente la Corte en labor hermenéutica logra dar el carácter de fundamental del derecho a la salud de esta persona y se gesta uno de los primeros casos en los cuales por medio de una acción de tutela se ampara el derecho a la salud, el cual para aquellos años era considerado un derecho de segunda generación no fundamental.

En sentencia 102 de 1998 también consolidadora de línea e inclinada hacia el extremo más favorable en cuanto a la justiciabilidad de los DESC por vía de tutela, cuyo magistrado ponente fue el doctor Antonio Barrera Carbonell, se

debatíó el derecho a la salud y seguridad social de una señora quien necesitaba una mamoplastia, debido a que tenía fuertes dolores lumbares producidos por el peso de sus mamas, el médico le recomendó someterse a este procedimiento quirúrgico pero la E.P.S Coomeva se lo negó porque considerar que esta operación es de carácter estético y no se encuentra contenida en el plan obligatorio de salud; razón por la cual la señora interpuso una acción de tutela por violación de su derecho a la salud, vida digna, integridad personal y seguridad social.

En primera instancia esta fue aceptada, y se ordena dentro de los tres días siguientes a la notificación del fallo a la E.P.S realizar el procedimiento a la accionante; ya que decir que esta no puede practicársele debido a que no se encuentra dentro del pos no es un argumento válido para colocar es riesgo la vida digna y el derecho a la salud de esta persona, además que la atención médica es integral por lo que se deben agotar todos los medios válidos para llegar a este fin. Así como también es cierto que las normas que limitan el pos son normas de un grado inferior a la constitución donde se encuentra protegida la vida digna y calidad de vida de las personas.

Esta decisión fue apelada por la E.P.S., y en segunda instancia se revocó el fallo, argumentando el juzgador que la salud solo podía ser protegida mediante la acción de tutela cuando estuviera en conexidad con la vida, y que en el caso concreto la accionante tiene muchas opciones para intentar mejorar su salud y solo si estas no le dan un resultado satisfactorio puede someterse a la mamoplastia.

En su turno la Corte al revisar la presente tutela, habla acerca de las dos dimensiones del derecho a la salud, diciendo que esta tiene una dimensión prestacional y otra fundamental cuando se encuentra en conexidad con el derecho a la vida; pero dentro del sistema de seguridad social el derecho a la salud tiene el carácter de prescricional, es decir está sometido a un desarrollo legislativo y operativo así como a unos medios económicos que ayuden a su regulación. Esto sin

desconocer que el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso de todos los habitantes a este servicio, pero dice la corte que esto no debe ser entendido de tal manera que el Estado tenga la obligación de brindar un *“tratamiento exclusivo a cada particular”*.

Pero el sentido de todo lo anteriormente dicho cambia cuando el derecho a la salud se encuentra en conexidad con un derecho fundamental como por ejemplo el derecho a la vida, ya que el derecho fundamental subsume al prestacional porque lo que importa es la defensa de la vida que es un derecho supremo frente al otro, en este evento hablamos de la transmutación de un derecho que en principio es prestacional por su relación directa con un derecho fundamental pasa también a serlo. Al final la Corte considera que se vulnera la dignidad humana de la accionante al privarla de la solución para que deje de padecer esos intensos dolores producto del peso de sus mamas, y someterla a eso es un trato cruel y degradante prohibido por la constitución que es una norma superior a la que regula el P.O.S, por ello la corte revoca la sentencia de segunda instancia y confirma la de primera donde se ordena practicar la mamoplastia a la accionante.

Nos centramos entonces en el caso del señor Cesar Medina debatido en la sentencia SU 623 de 2001 la cual fue una sentencia modificadora de la línea, en relación con la tesis que venía manejando la Corte en materia de Justiciabilidad de los DESC a través de la acción de tutela, quien interpuso esta acción constitucional contra Comfenalco E.P.S, por negarle el acceso a la seguridad social al no poder inscribirse como beneficiario de su pareja permanente por ser un hombre, vulnerando con esto su derecho a la salud, seguridad social, igualdad, libre desarrollo de la personalidad. El juez que conoció la tutela, la deniego por considerar que la E.P.S actuó de acuerdo a la ley, ya que el ser beneficiario de los servicios de seguridad social solo aplica a parejas heterosexuales y a la ley aún no había regulado esto y es tarea del legislador regular todo lo concerniente a este derecho.

Al realizar la revisión de esta tutela la Corte avala el actuar del juez y confirma el fallo, argumentando que en el caso concreto al accionante no se le está vulnerando el acceso a la seguridad social puesto que él puede ser afiliado a este si labora para alguna entidad, o lo puede hacer como trabajador independiente, y si no tiene los recursos para ello el Estado cuenta con el régimen subsidiado de salud al cual puede afiliarse sin ningún costo. Con relación al derecho de igualdad dice la Corte que fue el legislador quien coloco el criterio de familia para determinar quién puede o no ser beneficiario, por tanto se escapa de su competencia aplicar lo contrario, omitiendo con ello su deber de salvaguardar el derecho de igualdad y no exclusión de esta población discriminada.

Frente a la anterior decisión hubo un salvamento de voto de algunos magistrados, dentro de estos el Dr. Jaime Araujo Rentería, el cual planteaba una tesis diferente y más incluyente para las parejas homosexuales, argumentando que el carácter progresivo de este derecho no debía ser entendido como circunstancia de exclusión temporal de este derecho para algunas personas, que si bien es cierto el presupuesto condiciona el cumplimiento y la ampliación de la cobertura del mismo, pero que no debe ser pretexto para excluir personas ya que esto es discriminatorio y la seguridad social es un derecho universal basado en la solidaridad. Por otro lado el hecho de tener una pareja del mismo sexo no es excusa para que este no pueda ser beneficiario de los servicios de seguridad social que su pareja pueda brindarle, ya que esto va contra la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y derecho de igualdad ya que ninguna norma constitucional ni legal dice expresamente que en razón del sexo se excluirá a tal persona de brindarle los servicios de salud por el contrario este debe ser garantizado a todas las personas por ser un derecho humano. Siendo esta sentencia bastante regresiva en materia de justiciabilidad de los DESC, no se puede desconocer que el salvamento de voto planteado en ella es bastante positivo y amplió el concepto de familia que años posteriores seria debatido por el tribunal constitucional.

Otra población frente a la cual el derecho a la seguridad social y de salud debe ser tomado como fundamental es frente a los niños, ya que sus derechos son especialmente protegidos, por ello no puede utilizarse el argumento de derecho prestacional para desconocer la protección del mismo; es de recordar la sentencia de tutela 016 de 2007, cuyo magistrado ponente fue el doctor Humberto Sierra Porto, la cual es una sentencia hito dentro de esta línea jurisprudencial, en el cual se analizó el caso de una niña llamada Angie Katherine quien tiene 11 años de edad y tiene una protuberancia carnosa en su rostro la cual ha crecido con el tiempo y le genera molestias a la menor debido a su peso. Su madre la llevo a valoración médica, cuyo diagnóstico fue someter a la menor a una cirugía plástica para retirar las protuberancias a lo que su entidad medica Cosmitet L.T.DA. Se negó debido a que el P.O.S (Plan Obligatorio de Salud) no cubría operaciones estéticas, por lo que la madre de la menor interpuso una acción de tutela para la protección del derecho a la salud, a la vida e integridad física de su hija.

El juez denegó la tutela, las protuberancias que tenía la niña no comprometían ningún órgano, ni función de su cuerpo por ello la misma no era urgente y tampoco podía realizarse por no estar contemplada dentro del P.O.S ni en contrato celebrado con la entidad prestadora de estos servicios. Sin lugar a dudas una posición bastante sesgada y contradictoria de la constitución, ya que en reiteradas ocasiones la corte ha reafirmado la obligatoriedad de proteger el derecho a la salud y más en el caso de los menores. Frente al caso concreto la Corte ordena la realización del procedimiento a la menor y trae la fundamentalidad del derecho a la salud que a pesar de estar ubicado en el capítulo de derechos económicos, sociales y culturales es un derecho fundamental el cual requiere de unas erogaciones presupuestales para su ejecución pero que esto no debe ser tomado como pretexto para su no protección. En esta sentencia nacieron dos categorías conceptuales, una la categoría de derecho fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales y por

otro lado las vías que se pueden agotar para su efectivo cumplimiento. La primera categoría se hace exigible al Estado colombiano debido a los compromisos que adquirió al momento de firmar y ratificar tratados y pactos internacionales en materia de derechos humanos, por ello no debe distinguir entre derechos de primera o segunda generación al momento de brindarle protección, esto en relación con el principio de dignidad humana el cual es pilar de nuestro Estado social de derecho. Por ello cito el artículo 22 de la Convención Universal de derechos humanos en el cual se refiere a la garantía de los derechos DESC: “*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.*”

El PIDESC también se refiere a ello diciendo: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”.

Los derechos económicos, sociales y culturales son indeterminados en el sentido que no se ha establecido cuales son las prestaciones necesarias para su satisfacción en las políticas que los regulan, esto ha sido tomado como pretexto para negar en muchas ocasiones la iusfundamentalidad de estos derechos en determinados casos concretos, respecto a esto la Corte a manifestado su absoluto desacuerdo.

Pasando a otro tema, la justiciabilidad del derecho a la seguridad social a través de la acción consagrada en el artículo 86 constitucional no es aceptada en primer orden, ya que este debe ser dirimido a través de la jurisdicción ordinaria laboral, sin embargo la Corte ha delimitado tres casos en los cuales esta procede y son las mismas eventualidades que sean planteado para los DESC en general es decir: transmutación de un derecho, conexidad con un derecho fundamental

y afectación del mínimo vital. Respecto a la conexidad, se emplea para la protección de un derecho que no siendo fundamental si no se le brinda una protección inmediata vulnera derechos fundamentales, como por ejemplo no atender a una persona enferma pone en riesgo su derecho a la vida, aquí quiero hacer la salvedad que por ser la jurisprudencia de 1992 a un no se había reconocido el carácter de fundamental del derecho a la salud, si no que apenas se aplicaba la conexidad para su tratamiento como fundamental.

Sin embargo, cuando el peticionario de dicha acción es una persona que ha sufrido disminuciones de orden físico, sensorial, síquico, según el artículo 47 constitucional estas deben recibir un trato privilegiado y la subsidiaridad de este mecanismo debe ser visto en un segundo plano ya que se trata entonces de derechos que están en cabeza de personas en estado de indefensión las cuales merecen un trato prioritario atendiendo al principio de igualdad real y material; ya que si se les obliga a someterse a un proceso ordinario se estaría vulnerando su dignidad humana teniendo en cuenta su situación de salud.

En el presente escenario constitucional, se tiene a la sentencia de Tutela, T-730 de 2012 como sentencia arquimédica de esta línea jurisprudencial cuyo magistrado fue el doctor Alexei Julio Estrada, en la cual la Corte habla sobre los derechos prestacionales y el derecho a la seguridad social. En esta sentencia se decidieron dos casos similares, dos jóvenes quien por separado interpusieron una acción de tutela por la violación del derecho a la salud y seguridad social, ya que ambos eran beneficiarios de la pensión de sobreviviente de sus padres la cual el Instituto de Seguros Social no está realizando los pagos en el primer caso porque el joven ya había terminado los estudios y había perdido la calidad de estudiante, y en el segundo caso porque el muchacho había cumplido la mayoría de edad y no estudiaba, olvidado que este sufría de epilepsia y tenía un retardo mental.

Frente al primer caso, el juez decide tutelar sus derechos y expresa que a pesar que el joven

termino académicamente sus estudios este no ha perdido su calidad de estudiante ya que para poder acceder a su título profesional de abogado debe realizar una monografía o la judicatura pues era estudiante de derecho. Esta decisión fue impugnada por ISS y en segunda instancia el superior la revoca por considerar que este no tiene la calidad de estudiante ya que para serlo debe estar matriculado en una entidad educativa y él no lo está, por otra parte no se consideran sus derechos vulnerados ya que él trabaja eventualmente como mesero y esto le genera ingresos para sostener su familia.

En el segundo caso, Luis Fernando quien padece retardo mental y sufre de epilepsia dejó de recibir sus mesadas por parte del Instituto de Seguros Social por haber cumplido la mayoría de edad, por ello su hermano envió una comunicación a la entidad para que motivaran su decisión, pero nunca respondieron; por ello interpuso una acción de tutela por la vulneración de los derechos de salud, seguridad social, mínimo vital, la cual fue aceptada pero lo por el derecho de petición no por los demás derechos que son de vital importancia para la vida de Luis Fernando.

Al realizar la revisión de ambas tutelas la Corte entra a detallar las condiciones de justiciabilidad del derecho de seguridad social, diciendo que el Estado colombiano tiene el compromiso de garantizar este derecho a los particulares tal como se comprometió al suscribir la Convención Americana de derechos humanos y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, aquí entonces por medio de la figura de Bloque de Constitucionalidad todos estos instrumentos internacionales son aplicables al caso concreto, debido a que al estar firmados y ratificados por Colombia están al mismo nivel de la Carta Magna. Este derecho protege a las personas que se encuentran imposibilitadas mental o físicamente para obtener las condiciones adecuadas para llevar una vida digna; por ello a través de medidas legislativas y partidas presupuestales el Estado debe desarrollar este derecho irrenunciable ya que todos los derechos constitucionales son fundamen-

tales y no es válido negar su iusfundamentalidad por el hecho que se tengan que invertir unos rubros para el desarrollo de uno de ellos.

Dice la Corte en esta sentencia la T-730 de 2012, que la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quien es el sujeto obligado, quien es el titular y cuál es el contenido prestacional constitucionalmente determinado. Pero si se crean las medidas legislativas que los regulen las personas si pueden acudir a la acción de tutela para su protección cuando se encuentren amenazados o hayan sido conculcados. Sin embargo, en caso que el Estado por un tiempo prolongado no haya desarrollado dichas medidas legislativas puede el juez a través de la tutela amparar estos derechos que por una omisión legislativa se encuentran en peligro o ya fueron conculcados y más tratándose de personas que tienen una especial protección constitucional como pueden ser los discapacitados, personas de la tercera edad, niños, mujeres en estado de embarazo etc.

Al fallar los casos la Corte resuelve revocar los fallos y tutelar los derechos de la salud, seguridad social de los jóvenes partes del caso, ya que estos demostraron una dependencia económica de sus padres fallecidos y que esa mesada pensional les garantizaba mínimamente una vida digna, por ello se ordena el pago de las mesadas a los accionantes.

En esta sentencia la Corte maneja sin inconvenientes la protección del derecho a la seguridad social a través de la acción de tutela, se ha decantado ya su iusfundamentalidad y no hay lugar a dudas sobre ello. Hay que destacar la posición que asume en algunos casos el juez de segunda instancia en el primer caso y el de primera instancia en el segundo, ya que no consideraba la vulneración de los derechos al mínimo vital, educación y otros derechos de los peticionarios. Actualmente la Corte Constitucional está manejando una tesis progresista frente a la protección de los DESC a través de la acción de tutela, la posición radical manejada anteriormente donde se decía “que los

únicos derechos que pueden ser protegidos a través de este mecanismo son los derechos fundamentales ha quedado superada.

Actualmente se tiene entonces que la Corte ha ampliado el ámbito de procedencia de la acción de tutela frente al derecho de seguridad social, y que ya no es mirado como un derecho de segunda generación que se debe justiciabilizar a través de la vía ordinaria, no quiere decir esto que ahora todos las controversias respecto a este deberán solucionarse por medio de esta acción constitucional, pero si debe analizarse el caso concreto y mirar si es procedente amparar el derecho o no.

Segundo Escenario: La justiciabilidad del Derecho a la vivienda digna a través de la Acción de Tutela

El derecho a la vivienda digna es otro escenario constitucional donde se ha logrado la justiciabilidad de los DESC a través de la acción de tutela como uno de las formas para exigir su efectividad, ya que mediante esta acción constitucional en múltiples casos que mencionaremos a continuación se ha logrado la exigencia directa de derechos de segunda generación, alguno por su conexidad con derechos fundamentales, otra por la transmutación de un derecho o por la vulneración del mínimo vital de las garantías constitucionales.

Este escenario empieza con la sentencia T 308 de 1993 como sentencia fundadora de línea cuyo magistrado ponente fue el doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional en sus inicios da los primeros criterios de derechos fundamentales y al respecto dice que no todos los derechos son fundamentales y que por ello no son susceptibles de protección por vía de tutela los DESC, sin embargo derecho como el de la salud de los niños se le dada ese tratamiento cuando con su vulneración o amenaza se colocaran en riesgo derechos fundamentales de niños y niñas. Al referirnos propiamente al derecho a la vivienda digna, este no es un derecho fundamental por

ello no es susceptible de protección por vía de tutela siendo un DESC este derecho debe ser desarrollado progresivamente, sin embargo cuando ya el Estado ha garantizado este a través de una política pública por ejemplo adquiere fuerza normativa directa y la persona tiene derecho a exigir el cumplimiento de su derecho frente a una vulneración la cual bien podría hacerlo por medio de la tutela ya que se parte de la vulneración del núcleo esencial del derecho en cuestión, ya al estar en cabeza del asociado un derecho subjetivo es procedente justiciabilizarlo por medio de esta acción constitucional.

Los hechos motivadores de esta sentencia se basan en el caso del señor Javier González Sierra quien interpuso una acción de tutela contra el Batallón Sucre, ubicado en la ciudad de Chiquinquirá, Boyacá por violación de los derechos de la salud, integridad, vida digna, ambiente sano, y solicita que se traslade este batallón a un sitio despoblado y lejos de la urbanización la Esperanza de la cual él es residente. Los inconvenientes surgen ya que en este lugar se practica tiro al blanco y no hay un muro que separe los dos lugares y al estar tan cercanos pone en grave peligro la vida de su familia y la de los demás moradores de dicha urbanización.

El juzgado segundo Municipal de Chiquinquirá concedió la tutela y ordenó al Batallón tomar las medidas necesarias para minimizar el ruido que despliegan sus prácticas, y de no ser así clausuraría el lugar. El juez hizo una aclaración frente a los derechos protegidos por esta vía constitucional, que si bien el derecho a la vida es un derecho absoluto, este no comprende solamente el derecho a vivir si no vivir dignamente y este se extiende para proteger otros derechos como el de la salud y el ambiente sano que en principio son derechos prestacionales pero al estar relacionados con la vida en este caso concreto son amparados mediante de esta acción constitucional.

Afirma la Corte que si bien es cierto que el derecho a la vivienda digna es un derecho prestacional el cual no es en principio exigible de manera directa por medio de la tutela, cuando la personas entra a gozar de este derecho su contenido esencial debe ser protegido a través de dicha herramienta constitucional, como es el caso de los habitantes de la urbanización la Esperanza quienes fueron favorecidos con un plan de vivienda desarrollada por la administración del municipio.

Una población la cual ha sido bastante golpeada por la violencia y al a cual se le han vulnerado múltiples derechos dentro de los cuales se encuentra el de la vivienda digna es la población desplazada en Colombia; por ello el Estado colombiano tiene la obligación de restablecer el orden socioeconómico e implementar políticas públicas tendientes a la garantía y mejoramiento de los derechos de sus habitantes, en especial de la población desplazada por estar en condiciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta para garantizar el principio de igualdad real dentro de este Estado social de derecho.

En la sentencia consolidadora de línea **T-602 de 2003** la Corte Constitucional, indica criterios tendientes a la obligación de protección que tiene el Estado con esta población y reconoce el amparo de derechos económicos, sociales y culturales de una mujer y su familia, quienes fueron víctimas del conflicto armado, desplazamiento por lo cual a través de la acción de tutela piden el amparo y reconocimiento de su derecho al trabajo y a una vivienda digna.

Frente esta situación, la Corte ha definido el término de “vulnerabilidad” como *la población en situación de desplazamiento sufre un dramático proceso de empobrecimiento, pérdida de libertades, lesión de derechos sociales y carencia de participación política.*² Por ello se deben medir los índices de vulnerabilidad con el fin de adoptar las medidas idóneas para mitigar esta situación y contribuir con la estabilización

2 Corte Constitucional. Sentencia de tutela T-602 de 2003. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-602-03.htm>

socioeconómica de la población en general, pero con mayor importancia de grupos vulnerables en general tales como: niños, personas con discapacidad, adultos mayores entre otros.

Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales de la población desplazada, existe el principio de restablecimiento, *el cual consiste en el mejoramiento de la calidad de vida de la población desplazada y, para lograrlo, las acciones del Estado, de la cooperación internacional y del sector privado, en desarrollo de alianzas estratégicas con el Estado, deben orientarse a contrarrestar los riesgos de empobrecimiento y exclusión social.*³ En aras de garantizar este principio constitucional de los desplazados internos, el Estado colombiano ha forjado muchos proyectos como por ejemplo el de “vivienda de interés social, para mitigar la carencia de vivienda digna de la población con prioridad para los desplazados, entre otros proyectos sociales que buscan el mismo fin, es decir contribuir al restablecimiento de esta población en condiciones de vulnerabilidad.

En los hechos concretos de esta sentencia, la Corte analiza el caso de una mujer de la tercera edad, cabeza de familia, desplazada por el conflicto armado, la cual fue forzada abandonar su casa en compañía de su hija y nietos, los cuales llegan a la ciudad y no tienen vivienda, trabajo ni las condiciones mínimas para tener una vida digna. Ella intenta acceder a los planes que el gobierno nacional tiene para la población desplazada en materia de vivienda y de empleo pero no lo logra conseguir debido a que las entidades encargadas del desarrollo de estos solo le dan la información pertinente, pero no han prestado el debido acompañamiento para que la actora pueda acceder realmente a los beneficios, mientras tanto vive en condiciones muy precarias en compañía de sus familiares. Por ello decide instaurar una acción de tutela para que se ordene tanto a la Red de Solidaridad Social como al INURBE resolver en el

menor tiempo posible todo lo relativo a su acceso a un proyecto productivo y a la asignación en su favor de un subsidio de vivienda y realmente se restablezcan sus derechos.

El juez 51 Penal del Circuito de Bogotá denegó la tutela, basándose en que lo realizado por las entidades encargadas del desarrollo de esas políticas públicas habían actuado conforme a lo establecido en las normas y reglamentos que regulan el tema, y en el caso que estas actuaren de manera diferente frente al caso particular de la actora, se estaría generando una discriminación. Aquí la controversia gira en torno a que la accionante quiere que su hija la sustituya en los beneficios que ella debe recibir por ser desplazada, pero las entidades no lo permiten por es ella quien aparase inscrita en el registro de población desplazada, y si se permite esto se estaría contrariando el principio de legalidad ya que la normatividad indica que los beneficios los debe recibir es la persona inscrita en dicho registro. Sin embargo el juez ordenó a las entidades demandadas explicar por escrito paso por paso a la accionante todo lo pertinente para poder acceder a los servicios prestados por ellas.

Al respecto, la Corte ha dicho que:

*“todas las autoridades que diseñan y operan la política pública de atención al desplazamiento, en los diferentes tipos de intervención, tales como la provisión de subsidios de vivienda o la facilitación de condiciones de autosostenimiento, en el plano local y en el nivel de los nuevos diseños de la política, deben tener muy en cuenta los enfoques participativo y poblacional, así como el enfoque de derechos. Siendo necesario precisar que el enfoque poblacional es mutuamente complementario respecto del enfoque participativo, toda vez que aquel exige una especificidad en el ejercicio participativo que dé cuenta de las diferencias sustanciales conaturales a cada uno de los miembros del grupo poblacional atendido —niños y niñas, mujeres, personas de la tercera edad, grupos étnicos”*⁴

3 Corte Constitucional. Sentencia de tutela T-602 de 2003. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-602-03.htm>

4 Corte Constitucional. Sentencia de tutela T-602 de 2003. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-602-03.htm>

En el caso en cuestión, considera la Corte que el juez de instancia tuvo en consideración la situación especial de la actora, es decir al ser esta una mujer de avanzada edad, por ello solicito a las entidades que por escrito explicaran paso por paso todo los datos pertinentes para que la actora pudiera acceder a los servicios que ellas prestan. Respecto al registro único de población desplazada, tiene como único fin permitir que las personas en condición de desplazadas puedan acceder a todos los programas que el Gobierno Nacional ha diseñado para esto, mas no conferir a quien aparezca en el registro el Status de desplazado. Por ello no avala la corte la negativa frente a la petición de la accionante es darle la capacitación que ella debe recibir a su hija quien también es desplazada.

Por otro lado la población desplazada merece un trato diferencial debido a su situación de vulnerabilidad, así como velar por el restablecimiento de estos derechos por ser este un Estado Social de derecho en el cual se debe garantizar el mínimo vital a la población y más en una sociedad tan desigual como la colombiana. En esta sentencia en particular T-602 de 2003, la Corte reconoce la fuerza normativa de principios que integran el bloque de constitucionalidad, diciendo:

“Los Principios Rectores, pueden, entonces (i) ser normas relevantes para resolver casos específicos, y (ii) tener verdadero rango constitucional, si son preceptos que reiteran normas incluidas en tratados de derechos humanos o de derecho humanitario. El uso (i) denota que ciertos principios o algunos de sus párrafos hacen parte de lo que la Corte ha denominado bloque de constitucionalidad en sentido lato, mientras que el uso (ii) denota que algunos de entre ellos forman parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido, ya que tienen jerarquía constitucional e, incluso, sirven de parámetro para evaluar la constitucionalidad de las leyes. De manera que los derechos consagrados en la constitución colombiana deberán ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia cuyas disposiciones son recogidas o reiteradas en los principios, en particular según la interpretación que de ellos han

hecho los órganos autorizados para interpretarlos; y, adicionalmente, el intérprete deberá preferir la interpretación de principios y normas constitucionales, fundidas en un sólo corpus normativo, que sea más favorable al goce de los derechos de los desplazados”.

Mediante la ley 387 de 1997 se reglamenta la política pública tendiente a las viviendas para la población desplazada, se establecen las acciones y medidas que debe promover el Gobierno Nacional para generar condiciones de sostenibilidad económica y social para la población desplazada en el marco del retorno voluntario o el reasentamiento en otras rurales o urbanas. “El comité del PIDES también se ha manifestado frente a la protección a la garantía del mínimo vital de los derechos económicos, sociales y culturales a un en tiempos de conflicto, dentro de los cuales se destaca que los desplazados tiene derecho a un nivel de vida adecuado.”⁵

Al resolver el caso la Corte afirma que hay una vulneración a los derechos de la actora, derecho al mínimo vital, vivienda digna, debido a que no cuenta con los niveles mínimos de sus derechos económicos, sociales y culturales así como tampoco se tuvo en cuenta su condición de persona de la tercera edad, por ello la corte revoca la sentencia proferida por el Juzgado 51 del Circuito de Bogotá, y ampara los derechos vulnerados a la actora y ordena a las entidades involucradas, primero si la actora decide retornar al campo que se gestione lo necesario para ello, o si bien prefiere quedarse en la ciudad que en un plazo de seis meses se le dé una solución de vivienda adecuada, así como también dentro del mismo término incluir a la actora y a su familia en un proyecto productivo integral, garantizar su derecho a los servicios a la salud, educación para la actora y su grupo familiar.

En el anterior caso como se pudo notar el juez de primera instancia no amparaba las peticiones de la accionante por considerar que si actuaba de manera diferente frente a este caso concreto estaría contrariando el derecho de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta política,

5 La Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

frente a esta situación, en varias sentencias como por ejemplo la tutela **T-034 de 2004**, la cual es una sentencia reconceptualizadora de línea la Corte ha manifestado que no se puede hacer una aplicación ciega del artículo 13 constitucional, es decir no tener en cuenta condiciones diversas de la población y pretender tratar a desiguales como iguales:

“El objeto de la garantía ofrecida a toda persona en el artículo 13 de la Carta no es el de construir un ordenamiento jurídico absoluto que otorgue a todos idéntico trato dentro de una concepción matemática, ignorando factores de diversidad que exigen del poder público la previsión y la práctica de razonables distinciones tendientes a evitar que por la vía de un igualitarismo ciego y formal en realidad se establezca, se favorezca o se acreciente la desigualdad. Para ser objetiva y justa, la regla de la igualdad ante la ley, no puede desconocer en su determinación tales factores, ya que ellas reclaman regulación distinta para fenómenos y situaciones divergentes.”

Esta sentencia en particular aborda toda la temática del derecho a la igualdad para la garantía de derechos económicos, sociales y culturales, en el entendido que las decisiones del juez deben estar direccionadas con los lineamientos del derecho de igualdad siempre que las situaciones sean iguales, y aplicar un trato desigual proporcionales a las diferencias que existen; pero esto debe estar objetivamente justificado porque de no ser así sería vulnerado el derecho de igualdad.

Con la sentencia hito T-585 de 2006 se da el status de derecho fundamental al “derecho a una vivienda digna “en el caso de la población desplazada por la violencia; por tanto puede ser amparado a través de la acción de tutela. Así como también es obligación de las entidades que manejan las políticas públicas de desplazamiento asesorar de manera efectiva a esta población en todo lo pertinente para poder acceder a los bene-

ficios que el Gobierno nacional les brinda por su especial condición.

Se analizan ciertas situaciones de poblaciones vulnerables como por ejemplo la marginación de la población desplazada que es “la situación que sin ser elegida por el individuo, le impide acceder a aquellas garantías mínimas que le permiten la realización de sus derechos económicos, sociales y culturales.⁶ Por esta y otras razones la población desplazada cuenta con una especial protección constitucional, y el Estado y sus entidades tienen la obligación de desarrollar planes estratégicos y políticas públicas tendientes al mejoramiento de las condiciones de vida digna de esta población, y el presupuesto destinado para ello tiene mayor prioridad que el gasto público social en general.

Al analizar la naturaleza jurídica del derecho a la vivienda digna, a groso modo se puede decir que es un derecho Desc, que requiere de una prestación del Estado, pero al tener este relación directa con el principio de dignidad humana podría tomarse como derecho fundamental; frente a este último punto la Corte en sentencia **T-223 de 2003**, expreso que “*un derecho es fundamental siempre que esté dirigido a lograr la dignidad humana y se traduzca un derecho subjetivo.*”⁷ Sin embargo no reconoce absoluta discrecionalidad al juez para decidir si un derecho es o no fundamental, pues este debe hacer un estudio y de precedentes, las leyes, tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, y las interpretaciones de los mismos.

Para que el derecho a la vivienda digna puede ser tratado como derecho fundamental debe cumplir con los siguientes requisitos: se haya definido su contenido por vía normativa, es decir se expida una ley que lo regule, cuando su no satisfacción vulnere o ponga en grave peligro otros derechos de carácter fundamental, cuando se re-

6 Corte Constitucional. Sentencia T-585 de 2006. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-585-06.htm>

7 Corte Constitucional. Sentencia T 223 de 2003. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-223-03.htm>

clame su protección por injerencias arbitrarias de entidades estatales o particulares.

Una sentencia de vital importancia para la justiciabilidad de los DESC por medio de la acción de tutela, sentencia dominante de la línea T- 585 de 2008, en la cual la Corte afirma que la Corte afirma que no le está permitido al juez de tutela negar el amparo a un derecho prestacional por el simple hecho de su naturaleza ni tampoco recurrir a la conexidad para negar la posibilidad del amparo; por el contrario debe el juez analizar si lo que se pretende amparar pertenece a la faceta de defensa o prestacional del derecho y si se busca la efectividad de un derecho subjetivo cuya protección constitucional sea necesaria debido a las condiciones de debilidad manifiesta en la que se encuentre su titular.

En esta jurisprudencia se aborda el derecho a la vivienda digna, el cual en múltiples ocasiones se le negó su iusfundamentalidad debido a que es un derecho prestacional el cual debe ser desarrollado progresivamente por el Estado teniendo en cuenta las condiciones presupuestales y legislativas disponibles en cada momento. Esta misma suerte la tuvieron derechos como: al trabajo, salud, educación, seguridad social, a los cuales en principio se les clasificaba como derechos asistenciales de los cuales no se podían derivar derechos subjetivos.

Luego llevó el concepto de la conexidad, lo cual le permitió al juez de tutela amparar por vía de tutela los derechos de segunda generación en los casos en que estos estuvieran en conexidad con derechos fundamentales. Pero luego esa interpretación se quedó corta, y en aras del principio de igualdad real se empieza a ampliar el criterio de aplicación de la tutela a los derechos económicos, sociales y culturales, y ahora además se tiene en cuenta la afectación al mínimo vital y condición de debilidad manifiesta de las personas que accionen la protección de sus derechos prestacio-

nales a través de la acción de tutela, ejemplo de lo anterior es la protección que se le ha dado al derecho a la salud de personas que por sus escasos recursos económicos se les ha amparado su derecho a través de esta acción constitucional aun cuando su afectación no perjudique derechos fundamentales por estar estas personas en condiciones de debilidad manifiesta y el juez carga al presupuesto del Estado la prestación concedida.

Pasamos entonces a la sentencia arquimédica de este escenario constitucional para la justiciabilidad de los DESC por medio de la tutela, sentencia T-530 de 2011, en que la Corte Constitucional mantiene una postura bastante alejada de la que inicialmente adoptó frente a la justiciabilidad de los DESC a través de la acción de tutela por considerar que estos no eran derechos fundamentales debido a su carácter prestacional.

En ese orden de ideas ya no le es permitido al juez constitucional negar el amparo a un DESC por ser este un derecho prestacional no fundamental ni alegar la conexidad para negar la admisibilidad del amparo.⁸

Conclusión

Analizando los resultados de la línea jurisprudencial realizada acerca de las condiciones de justiciabilidad de los DESC en Colombia se puede decir que en principio no era permitido proteger un DESC por vía de tutela, ya que en la interpretación normativa era muy cerrada y esta solamente era permitida para la protección directa de derechos fundamentales, sin embargo con las primeras sentencias de la Corte Constitucional se empieza a ampliar el panorama y se permite que excepcionalmente esta proceda como mecanismo para justiciar un Derecho Económico, Social y Cultural. Respecto a lo anterior al realizar un estudio jurisprudencial de algunas sentencias de la Corte Constitucional, se identificaron dos escenarios constitucionales tendientes

8 Corte Constitucional. Sentencia de tutela T-530 de 2011. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-530-11.htm>

a la exigibilidad de los DESC por vía de tutela y son el derecho a la seguridad social y el derecho a la vivienda digna.

El primero la Corte decanta ciertas posturas sobre estos derechos, algunas no tan proteccionistas pero la mayoría avalan la postura de proteger estos derechos excepcionalmente con la acción de tutela siempre que se vea en peligro ciertos derechos fundamentales, a través de las mismas se logró el reconocimiento de la iusfundamentalidad del derecho a la salud, el cual en principio no era tutelable por ser un derecho prestacional pero con el desarrollo jurisprudencial de la Corte se tomó su relación directa con la vida y la dignidad humana y por consiguiente su protección por vía de tutela.

Cuando el peticionario de dicha acción sea una persona que ha sufrido disminuciones de orden físico, sensorial, síquico, según el artículo 47 constitucional estas deben recibir un trato privilegiado y la subsidiaridad de este mecanismo debe ser visto en un segundo plano ya que se trata entonces de derechos que están en cabeza de personas en estado de indefensión las cuales merecen un trato prioritario atendiendo al principio de igualdad real y material; ya que si se les obliga a someterse a un proceso ordinario se estaría vulnerando su dignidad humana teniendo en cuenta su situación de salud.

El Estado colombiano tiene el compromiso de garantizar el derecho a la salud de los particulares tal como se comprometió al suscribir la Convención Americana de derechos humanos y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Este derecho protege a las personas que se encuentran imposibilitadas mental o físicamente para obtener las condiciones adecuadas para llevar una vida digna; por ello a través de medidas legislativas y partidas presupuestales el Estado debe desarrollar este derecho irrenunciable ya que todos los derechos constitucionales son fundamentales y no es válido negar su iusfundamentalidad por el hecho que se tengan que invertir unos rubros para el desarrollo de uno de ellos. Por otra parte, es menester recordar

que otro de los casos planteados por la corte para que un derecho Desc pueda ser justiciabilizado por medio de una acción de tutela es cuando este se encuentre como derecho subjetivo en cabeza de un asociado.

Pasando al derecho de vivienda digna, la Corte ha realizado una clasificación de ciertos integrantes de la sociedad que merecen una protección especial por parte del Estado, y son las personas en condiciones de vulnerabilidad, como lo son los desplazados, mujeres en estado de embarazo, niños y ancianos; respecto a los derechos económicos, sociales y culturales de la población desplazada, existe el principio de restablecimiento, por ello se debe buscar el mejoramiento de las condiciones de vida de dicha población en estado de vulnerabilidad, tomando medidas idóneas por las entidades estatales encargadas de ello, y la comunidad en general para tratar de minimizar las brechas de la desigualdad social. En aras de garantizar el principio constitucional de los desplazados internos, el Estado colombiano ha forjado muchos proyectos como por ejemplo el de “vivienda de interés social, para mitigar la carencia de vivienda digna de la población con prioridad para los desplazados, entre otros proyectos sociales que buscan el mismo fin, es decir contribuir al restablecimiento de esta población en condiciones de vulnerabilidad.

Aunque por regla general del derecho a la vivienda digna no es un derecho fundamental si no prestacional, si está en cabeza de una persona en estado de vulnerabilidad la cual ha tenido el derecho, este puede ser tutelado por acción de tutela, porque de no ser así se estaría vulnerando el núcleo esencial de su derecho.

Actualmente en Colombia se sigue manejando la regla general que los DESC no son derechos fundamentales si no excepcionalmente fundamentales y que de igual manera se pueden justiciar por medio de la tutela, pero la Corte ha ampliado el escenario y las posibilidades para que esto ocurra, ya que la tesis de la ubicación de los derechos en la constitución para definir la fundamentalidad

de un derecho ha sido superada, de igual manera existen ciertos integrantes de la población los cuales por sus condiciones de vulnerabilidad merecen una protección directa de sus derechos como lo son los desplazados, niños, ancianos, mujeres en estado de embarazo los cuales gozan de una protección especial constitucional.

Colombia ha ido avanzando poco a poco en sus compromisos de progresividad respecto a los DESC, no obstante es necesario que esta posición permea otras instancias, específicamente el poder legislativo y ejecutivo, de manera que las normas y las Políticas Públicas sean mucho más acorde con el principio de progresividad.

Referencias Bibliográficos

Corte Constitucional. Sentencia de tutela T -205 de 1997. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t-205-97.htm>

Corte Constitucional. Sentencia de tutela T-602 de 2003. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-602-03.htm>

La Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-034 de 2004. Recuperado en: http://camacol.co/sites/default/files/base_datos_juridico/SENTENCIA_CORTECONSTITUCIONAL_NACION_T_0034_2004.pdf

Corte Constitucional. Sentencia T-585 de 2006. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-585-06.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T 223 de 2003. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-223-03.htm>

Corte Constitucional. Sentencia de tutela T-530 de 2011. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-530-11.htm>

Corte Constitucional. Sentencia de tutela T 402 DE 1992. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-402-92.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T 417 de 1997. Recuperado en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-417_1997.html

Corte Constitucional. Sentencia T 102 de 1998. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-102-98.htm>

Corte Constitucional. Sentencia SU 623 de 2001. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/su623-01.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T 712 de 2012. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-730-12.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T 308 de 1993. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-308-93>. Corte%20Constitucional.%20Sentenciahtm

Corte Constitucional. Sentencia T 585 de 2008. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-585-08.htm>