

Abdón Sierra Gutiérrez

**Control de Constitucionalidad
y Deliberación Democrática
en Colombia:**

**Reflexiones a Partir de un Examen Crítico de la Línea
Jurisprudencial en Salud y Desplazados en la Corte
Constitucional**

Críticas y Propuesta

**BARRANQUILLA
2010**

CONTENIDO

| | Pág. |
|--|------|
| RESUMEN | 4 |
| ABSTRACT | 6 |
| INTRODUCCIÓN | 8 |
| 1. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DEMOCRACIA EN COLOMBIA | 17 |
| 1.1 CONSTITUCIONALISMO Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA..... | 21 |
| 2. JUSTIFICACIONES DOCTRINARIAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD | 41 |
| 2.1 CONSTITUCIONALISMO DÉBIL: H. KELSEN, EL FEDERALISTA, MARBURY VS. MADISON Y J. HABERMAS | 44 |
| 2.2 CONSTITUCIONALISMO FUERTE O CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS..... | 58 |
| 2.3 TERCER GRUPO DE TEÓRICOS JUSTIFICANTES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, INTEGRADO POR CARLOS SANTIAGO NINO, JOHN HART ELY, LUIS PRIETO SANCHIS Y OTROS | 63 |
| 2.4 PROPUESTA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD PARA COLOMBIA | 70 |
| 3. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES AL DERECHO A LA SALUD Y RESPECTO DE LOS DERECHOS DE LOS DESPLAZADOS | 75 |
| 3.1 DERECHO A LA SALUD | 75 |
| 3.2 LÍNEA JURISPRUDENCIAL RESPECTO DE LOS DERECHOS DE LOS DESPLAZADOS | 86 |

| | |
|--|-----|
| 4. CRITICAS A LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA SALUD Y DESPLAZADOS | 92 |
| 5. EL DERECHO A LA SALUD EN LA DEMOCRACIA COLOMBIANA Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD..... | 121 |
| 6. CONCLUSIONES | 143 |
| BIBLIOGRAFÍA | 146 |

Resumen

No hay duda de que en Colombia, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se unió nuestro país a la tendencia de las democracias constitucionales. Pero más que lo normativo constitucional, es la práctica jurisprudencial de la Corte Constitucional, lo que ha hecho sentir la proximidad de la Carta Política con la comunidad nacional, desarrollando una línea interpretativa, en cuanto a los derechos constitucionales de alta sensibilidad social, como en la salud y respecto a las personas desplazadas, frente a las cuales, ha creado una recorrida jurisprudencial profundo de carácter humanista, garantista y benefactor de los sectores menos favorecidos de la sociedad.

Pero a su vez, una posición se ha distanciado de la democracia y rompe las competencias entre las políticas que corresponden a los órganos de representación y el constitucionalismo, generando fuertes fricciones entre ellos y críticas basadas en buenas razones, y algunas otras provenientes del egoísmo y de la defensa de las zonas de influencia del poder político y económico.

Frente a estas críticas, el tribunal ha asumido una actitud que está soportada en su posición constitucional, en la cláusula del "coto vedado" y "la cláusula del Estado social de derecho" como límites absolutos, a través de los cuales se hace posible penetrar en las políticas públicas en aras de la protección de los derechos fundamentales, el aumento de la oposición y del constitucionalismo - democrático.

En este trabajo, buenas críticas provenientes de la democracia se aceptan, y aquellas que no contribuyan a la supuración del estado de las cosas o a empeorar la situación entre las partes en relación, para proponer como solución el retorno de la democracia para el cumplimiento de su papel como guía de las políticas de salud pública y el respeto de las personas desplazadas; pero no desde el método que hemos llamado de paternalismo elitista de corte individualista, por muy humanista que este sea, sino a través de una posición dialógica entre quienes son afectados y quienes no, con los diseños de las políticas públicas, como una forma de transformar los intereses particulares en imparciales, y que estos estén al servicio de todos.

De esta manera, la omisión constitucional de la democracia se resuelve, y una vez que se superó el inconstitucionalismo por medio de la acción del Tribunal Constitucional al resolver a través de la acción de tutela peticiones individuales de protección a la salud, que rompen el sistema y el principio de universalidad, el cual debe llevar a las políticas estatales a interferir en su propia órbita correcta de la democracia.

La propuesta de esta obra, es la postura dialógica de la democracia deliberativa Constitucional, defendida por Carlos Santiago Nino, aplicado a nuestro problema constitucional, especialmente en el campo de la salud y del desplazamiento por la violencia en

el país, como forma de transformación de los ideales colectivos comenzando desde el valor más grande y más epistémico de la democracia para regular la práctica social, pero al mismo tiempo la protección de los derechos.

Las dificultades se presentan así como los temores que estas traen consigo, pero también está claro que existen condiciones para enfrentar y superar las incertidumbres. De ahí el realismo de la propuesta.

He aquí un comienzo para el diálogo.

¡Participa! Esa es la invitación.

ABSTRACT

There is not doubt that Colombia, with the entrance in validity of the Constitution of 1991, joined to it obits of the constitutional democracies. But more than the constitutional, is the jurisprudential practice of the constitutional court, the one that has made feel the proximity from that political letter to the national community, developing as regards constitutional rights of high social sensibility, developing as regards constitutional rights of high social sensibility, as health and those displaced people, a deep jurisprudential line of humanist character, guaranties and of benefactor of the less favored sectors of the society.

But in turn such a position has been distanced from the democracy and broken the competitions among the politics which correspond to the representation organs and the constitutionalism generating strong frictions among them and critics based on good reasons and others from the defensive selfishness of areas of economic and political power.

In front of these critics, the court has assumed an attitude supported in it's constitutional position, in the clause of the "game preserve" or "clause of the social state of right" as absolute limit in which it is possible penetrate the public policies, increasing the opposition constitutionalism – democracy.

In this job, good critics coming from the democracy are accepted and the ones that don't contribute to the suppuration of the state of things or make things worse among the edges in relation, to propose the return solution from the democracy to the fulfillment of their role as guide of the public politicians of health and respect of those displaced people; but not from the method that we have called of elitist paternalism of court individualist for very humanist that is, but through the dialogical position among some and free affected with the public politicizes to designs, like form of transforming the particular interests in impartial and to the service of all.

In this way the constitutional omission of the democracy is solved and once the unconstitutionalism was overcame for action in that the constitutional court incurs when solving by "tutela" individual requests of health that breaks the system and the principle of universality that it should lead the state policies interfering in its own orbit proper of the democracy.

The proposal of this work is the dialogical posture of the constitutional deliberative democracy, defended by Carlos Santiago Nino, applied to our constitutional problem especially in the field of health and of displacement for the violence in the country, like form of transforming the collective ideals starting from the biggest and better epistemic value in the democracy to regulate the social practice, but at the sometime protecting the rights.

Difficulties are presented and fears that it inspires this but is also stood out that conditions exist to face and to overcome those uncertainties. Of there the realism of the proposal.

There is a good dialogue beginning here.

Participate! That is the invitation.

INTRODUCCIÓN

Se inician estas breves notas a manera de introducción a la investigación que tiene en las manos con un pensamiento del premio Nóbel, Amartya Sen, que expresa:

El proceso de toma de decisiones a través de la discusión puede enriquecer la información, respecto de una sociedad, sobre las preferencias individuales, las cuales pueden modificarse en el proceso de deliberación pública.

En la perspectiva más amplia del debate público, la democracia debe otorgar un lugar capital a la garantía de la discusión libre, y a la interacción nacida de la deliberación, tanto en el pensamiento como en la práctica política – y no solo gracias a las elecciones o durante las elecciones. Lo que se requiere, como observa Rawls, es salvaguardar la “diversidad de doctrinas, el hecho del pluralismo”, que es central para la “cultura pública de las democracias modernas”, y que debe ser asegurado en una democracia por los “derechos y libertades básicos”.

Una visión más amplia de la democracia en términos de debates públicos nos permite entender que las raíces de la democracia van mucho más allá de los estrechos límites de ciertos discursos y crónicas que presentan algunas prácticas que ahora son vistas específicamente como “instituciones democráticas”.¹

La razón de ser de esta cita, es debido a que pone de presente el anhelo de los pueblos, entre los cuales ha de incluirse el colombiano, que ve en la democracia, sus instituciones y la deliberación entre libres e iguales en los más diversos ámbitos de la vida nacional, como el camino para obtener la tranquilidad social, el entendimiento colectivo, y en lo inmediato, que los

¹ SEN, Amartya. El valor de la democracia. El Viejo Topo. Traducción de Javier Lomeli Ponce. España 2006. p.

planes de políticas públicas sean trazados con la participación del mayor número de afectados con ellas, respetando las competencias establecidas por el mismo derecho como expresión de la práctica social reconocida por la comunidad.

Ese es un anhelo global, visto el universo como un todo, pero también es un anhelo de las naciones en todas sus áreas de vida intersubjetivas, entre las cuales se encuentran los planes de seguridad y protección social, habida cuenta que son presupuestos mínimos que hay que dar como existentes aun antes de pensar en la propia democracia y más aun de la existencia del constitucionalismo, dado que sin tales valores es impensable el disfrute de los beneficios y placeres que brinda la misma vida en comunidad o por lo menos en idénticas posibilidades de trato y material.

La Corte Constitucional ha desarrollado una profunda jurisprudencia respecto del derecho a la igualdad, en ambos sentidos expuestos, e igualmente ha defendido una férrea actitud humanitaria de protección a desfavorecidos sociales y económicos, pero ello le ha implicado en la generalidad de veces entrometerse en la órbita de los otros órganos representativos y de origen propiamente democrático, como también de las otras Corporaciones integrantes del poder judicial.

Tal actitud ha sido justificada o tratado de ser justificada bajo la cláusula del estado social de derecho, pero con la paradoja, que esa actitud genera una nueva forma de inconstitucionalidad: para remediar la inconstitucionalidad por omisión en que han caído los órganos representativos democráticos (legislativo y ejecutivo) la Corte Constitucional, un órgano no democrático, por lo menos de origen, incurre en una inconstitucionalidad por acción, generándose la peor confusión alrededor de las competencias, responsabilidades y prevenciones, así como colocando esas intromisiones, prima facie, como sospechosas, dado las dificultades funcionales que presenta la propia rama judicial en su desempeño ordinario.

Pero la democracia no vive ni subsiste con tesis meramente humanistas, sino de reglas y competencias claras, que identifique las responsabilidades y ámbitos de cada uno de sus órganos y poderes, como tampoco admite la democracia que el incumplimiento de unos autoriza la actuación en su lugar de otro organismo, de diversa naturaleza y origen.

Pero, igualmente es cierto que tampoco es factible en la democracia que los órganos de control y vigilancia suprema asuma una conducta pasiva, complaciente del estado de cosas que la misma Corte ha llamado inconstitucional, luego, la actitud correcta y respetuosa del ordenamiento es buscar los mecanismos, sin llegar a la inconstitucionalidad comentada, para

que los incumplidos asuman sus funciones constitucionales, con lo cual evitan ser meros contempladores del estado de cosas.

Entonces, no pueden ser el argumento de la cláusula del estado social de derecho, entendida unilateralmente desde la orbita de los derechos exclusivamente, ni desde la orbita de los derechos hacia la democracia de manera impositiva, a través de ordenes, por muy buenas intencionadas que ellas sean, porque se desconoce la naturaleza plural de nuestra nación y su expresión política, como también la distribución constitucional del poder público, generándose en el mejor de los casos tensiones innecesarias y enfrentamientos que en vez de ayudar a la convivencia, altera más los factores de diferencias.

Lógicamente la tarea, en la situación planteada, debe ser impulsar una metodología que finalmente conduzca a que las competencias sean cumplidas por quien debe cumplirlas, limitándose los otros, especialmente los órganos de control constitucional, a brindar canales, vías de compromiso con esos entes para coadyuvar las mejores condiciones de su labor, llevarlos al lugar que les corresponde y de ser posible, en niveles de mayor eficiencias; impedir todos los rasgos de discriminación en las políticas públicas; oponerse que en una sociedad pluralista, desde todos los puntos de vistas, se pretende imponer un *modus vivendi* de manera imperativo; garantizar que la imparcialidad en las orientaciones colectivas sean garantizadas por la participación de todos los interesados y afectados en el tópico correspondiente.

Pero, en tal materia, lo primero que hay que aceptar es que en materia de política publica el directamente obligado en la realización de ella es precisamente el constitucionalmente competente en definirla y tratándose de políticas publicas y planes de comportamiento colectivo es el órgano representativo el primero competente para ello y no puede ser suplantado, suprimido y desconocido, dado que en tal ámbito hay que reconocer que la democracia tiene un real mayor y mejor valor epistemológico, que incluso el constitucionalismo. A su vez lo tendrá el constitucionalismo en materia de defensa de los derechos fundamentales, cuando la democracia al trazar sus orientaciones generales desconoce u omite la realización de los mismos en su núcleo esencial. En uno u otro sentido el beneficiario de dicha actitud ha de ser la colectividad.

Pero, ¿cómo lograr que un ente no democrático obligue a sus funciones al sector democrático, jurídicamente competente para trazar las políticas publicas, a que los cumpla adecuadamente? Comprometiendo a todos los interesados y afectados en los planes en que han sido omisivos los órganos representativos, el legislativo o el ejecutivo. Y dicha participación se obtiene impulsando la deliberación entre todos, tanto los obligados a trazar las

políticas como a sus beneficiarios, a través del dialogo franco, abierto, propiciando puntos de encuentro entre la democracia y el constitucionalismo, pero a su vez respetando las iniciativas que el propio sistema jurídico impone.

Pero siendo Colombia una democracia constitucional, las políticas públicas deben estar guiadas por los derechos, pero a su vez los derechos requieren de un grado de democracia para poderse desarrollar, por tanto la deliberación presupone no-solo los idénticos, sino incluir los opuestos, los excluidos del diálogo formal, es decir, una deliberación entre opuestos pero armonizados por el compromiso mínimo del respeto por la diversidad de intereses que confluyen en esta nación colombiana.

Pues bien, el derecho a la salud, particularmente en su acepción de acceso a la prestación de salud, asistencia medica y medicamentos, cuenta con un núcleo fundamental y uno prestacional, que implican competencias diferentes y naturalezas diferentes, dado que lo primero es protegible por el constitucionalismo de manera directa y la acción de tutela, pero lo segundo es en principio función del estado liberal, de la democracia, de las políticas y planeación del legislador, pero que el constitucionalismo penetra a través del control de constitucionalidad para garantizar la realización progresiva de las mismas y evitar las decisiones regresivas, ámbitos en que son justiciables.

Al asumir la Corte Constitucional en una de sus líneas jurisprudenciales, que el derecho a la salud no es autónomo, sino conexo a otro derecho fundamental, en lo que toca directamente con el riesgo directo de la perdida de la vida e incluso el prestacional, le quita la competencia a la democracia para realizar y ejecutar los planes de salud y salud publica, entrometiéndose en el ámbito que no es les propio. Segundo, cuando lo hace con el autoritarismo o elitismo político, de impartir órdenes unilaterales de entregar medicina, practicar operaciones, entregar prótesis, practicar exámenes médicos no contemplados en el POS etc., en vez de armonizar y abrir canales de deliberación, desconoce la misma Constitución. Tercero, cuando dispone procedimientos médicos costosos a personas singularmente consideradas, rompe la planificación del sistema de protección social; desconoce la importancia del diálogo democrático como el mejor método para resolver las controversias públicas; crea, en vez de eliminar, fricciones y choques con los otros órganos, que son los encargados de establecer dichos planes e incomoda a los propios órganos de la Rama judicial; al impartir ordenes individuales, no universalizando su protección, crea un orden no medico sino tutelar en salud y lo peor, desigual, respecto de los que no presenten tutela y material porque afecta a los no afiliados a ningún sistema de salud como también deteriora, a través del Fosyga, el presupuesto a la vacunación de masas y programas preventivos en general.

Pero si ello asombra a los economistas y políticos, los mismos constitucionalistas no comprenden tal actitud, porque conociendo el profundo desarrollo que la Corte Constitucional ha alcanzado respecto del derecho a la igualdad, incluso, desarrollando sus propios métodos de ponderación, en materia de salud no solo no los aplica, sino que los contradice con la línea jurisprudencial en comento, lo cual ha llevado que en diversas providencias se presenten salvamentos y aclaraciones de voto.

Pues bien, esta difícil situación es la que se propone superar con la propuesta que aquí se maneja, cual es, reconocer la inconstitucionalidad por omisión de la democracia pero eliminar la inconstitucionalidad por acción de la Corte Constitucional. Para ello, debe limitarse la Corte Constitucional a crear, impulsar y generar condiciones para que asuma la democracia su papel de planificador, ejecutor e inversionista de los planes de salud pública, producto de lograr el compromiso de todos los entes que en algo tiene que ver con tales políticas. Y diseñados dichos planes por la democracia, es a ella a la que le corresponde justificar por qué se incurrió en omisión respecto de una cualquiera prestación y solo frente a una insuficiencia de razones, puede la Corte ordenar, dado la urgencia, el cumplimiento de lo pedido.

Comentando el texto de John Hart Ely, Democracia y desconfianza, el doctor Manuel José Cepeda Espinosa expresa que los foros políticos eluden el estudio y regulación de temas impopulares, polarizantes o “intocable”, lo que ha llevado a que se acuda a la Corte Constitucional para que indique el rumbo trazado por la constitución a los agentes políticos. Pero “Ely indica cómo puede el juez constitucional abordarlos sin remplazar a los responsables políticos”². Sin embargo, este estudio pone de presente, por lo menos en el caso de salud, como la Corte Constitucional asume la posición diametralmente opuesta a las enseñanzas de Ely, por lo menos en la línea jurisprudencial respecto del derecho a la salud cuando lo considera un derecho fundamental por conexidad.-

En el mundo de hoy la tendencia es al desarrollo y profundización de la amplitud democrática en todos los aspectos de la vida intersubjetiva y la Corte Constitucional debe, en su relación con la democracia, orientarse a contribuir a su desarrollo, ampliación y las políticas de salud no pueden ser la excepción. Otra actitud sería claudicar a la omisión, a la arbitrariedad, al clientelismo, que es actitud inadmisibles en los días que corren y en Colombia, como se pone de presente en este breve trabajo, hoy hay unas mínimas

² CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Presentación al texto Democracia y Desconfianza. Una Teoría del Control de Constitucionalidad de John Hart Ely. Siglo del Hambre Editores Universidad de los Andes 1997 Pag xiv.

condiciones políticas, sociales y jurídicas para poder encaminar nuestros pasos hacia aquellos fines, que no podemos desaprovechar.

El marco conceptual en que se maneja esta investigación son las tesis de Carlos Santiago Nino, Amartya Sen, J Habermas, John Hart Ely y Roberto Gargarella, en la teoría general sobre control de constitucionalidad y democracia, como también, en lo particular los salvamentos de voto planteados en la Corte Constitucional en las decisiones sobre salud, especialmente los expuestos por el doctor Rodrigo Uprimny Yépez, por lo que no contiene esta monografía ninguna presunción de novedad ni originalidad, sino el anhelo de contribuir en la fundamentación de una línea de pensamiento aterrizado a un problema concreto, pero que tiene premisas generalizables a los más diversos aspectos de la relación planteada por la democracia constitucional.

¿Qué contiene y puede esperar el lector de este texto? Proponer una reflexión sobre el control de constitucionalidad en una democracia como la colombiana, pero a partir del análisis concreto de las líneas jurisprudenciales en salud y desplazados, arrancando de la base que la nuestra es una democracia constitucional.

Tal situación plantea un problema jurídico que la doctrina ha llamado, desde Bickel, el problema contra mayoritario, cual es: ¿es posible que un órgano, de origen no democrático, pueda anular o retirar del ordenamiento jurídico una norma hecha por el órgano democrático más representativo, como es el parlamento?

Es más, ¿es posible conseguirle a esa práctica constitucional una justificación democrática o por el contrario, ello solo es posible por fuera de lo democrático? ¿Es democrática per-sé? ¿Por su origen? ¿Por sus funciones?

He ahí un problema que la teoría jurídica y la teoría política se han planteado desde hace algún tiempo y aun se mantiene vigente.

Nuestro país igualmente ha participado en ese debate. Por el lado teórico, dado que alguno autores han tratado el tema en diversos artículos y textos; con la creación y jurisprudencia de la Corte Constitucional, esta controversia ha tomado inmensa fuerza jurídica y judicial; porque nuestro derecho no se encuentra separado ni ajeno a los debates globalizados que se presentan en el mundo jurídico comparado; porque la doctrina que oriente nuestra concepción teórica respecto de esta tensión servirá para dirigir las soluciones practicas en interesantes aspectos de la vida practica y política. De ahí que se exponen las diversas teorías justificativas sobre el control de constitucionalidad en un Estado democrático-constitucional y, una propuesta

dogmática acerca del control de constitucionalidad para nuestra democracia y país.

Hecho lo anterior, a manera de laboratorio, se presenta la construcción de las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre salud y desplazados, en busca de definir las sub-reglas para cada campo de expresión de esos derechos fundamentales, resaltando que en el primero, el procedimiento consiste en impartir la orden de protección del derecho fundamental desconocido, como la entrega de medicamento, de prótesis, realizar procedimientos quirúrgicos, etc., sin acudir a ninguna deliberación con su opuesto, la democracia; mientras que en la segunda, se abunda en deliberación e igualitarismo, como rasgo sobresaliente de protección a los derechos de los desplazados.

La propuesta defendida en este texto arranca aceptando la integridad de la teoría de los derechos; se apoya en las corrientes sociológicas para dar razón de la evolución del estado desde la revolución francesa; las jurídicas, que no admiten hoy un sistema jurídico sin la Constitución Política como normas de normas, la aplicación en unos casos de manera directa y en otras adscrita o indirecta; que transformación de la concepción de derecho social o prestacional en un derecho fundamental justiciable, pero de diferente extensión al civil y político y en las teorías morales o epistemológica de la democracia, que con su deliberación entre libres e iguales, pero igualmente interesados en la mejor solución para todos, le otorga el valor agregado de la imparcialidad.

Y desde esta orbita elevar una crítica a la protección- orden impartida por la Corte Constitucional cuando decide tutelas respecto del derecho a la salud.

Pero, a su vez, resaltar los beneficios, por su universalizable, igualitaria y deliberante solución que respecto de la protección de los derechos de los desplazados ha asumido la misma alta corporación. Resaltar esa diferenciación es vital para la comprensión de la reflexión que aquí se propone, porque a pesar que se parte de aspectos concretos, en ellos va inmerso criterios generales que orienta una dogmática para Colombia acerca del control de constitucionalidad para una democracia que requiere la protección de los derechos fundamentales, pero que exige del compromiso del estado, en su garantización.

El Estado Colombiano por las causas que se ponen de presente en este estudio, es dado a desconocer los derechos civiles y políticos.- Igualmente, por la postración económica, los prestaciones igualmente son desconocidos de hecho y de derecho. El compromiso deliberativo se levanta como un instrumento para intentar correr la barrera de tal incumplimiento en favor del bienestar social de la comunidad.

En estas condiciones, una dogmática solo centrada en la democracia y el desarrollo legal, sería estrecha para los objetivos de transformación del estado de cosas puesto de presente en este trabajo y descrita en esta introducción, sería colocar el constitucionalismo a la retaguardia de la democracia, que en nuestro país esta última, tiene un inmenso poder económico, político y social de atracción como de absorción. Sería la anterior una línea que estaría al servicio del conservadurismo, del regreso a un Estado de derecho en extremo formal legocéntrico y de sacrificio a los avances que se han presentado en nuestro país respecto de la protección y garantías de los derechos fundamentales, más cuando el movimiento democrático de masas es muy débil como para poderse oponer a la avasalladora y llamativa propuesta de participar en la distribución de las prebendas democráticas y a las presiones de hecho.

Pero por el contrario, atender a una dogmática valorativa, que no tenga restricciones ni límites, que no entienda compromisos con la democracia y que no diferencie la lucha pero también la unidad entre democracia y constitucionalismo, no se sabría si es más o menos o de igual dañina que la primera. Aquí ha de ponerse de presente es la debilidad de los progresos en las masas y en sectores de dirección de las corrientes neo constitucional, que se expone a las críticas por sus excesos, sus contradicciones. Véase el capítulo de críticas. Pero los largos años de insatisfacción y de privaciones que la nación ha sufrido en sus derechos fundamentales, hace que intuitivamente todos estaríamos enamorados de la posición proteccionista sin límites. La intuición nos tiende a arrastrar a esta ilusión, de ahí el aprecio por la posición de la Corte Constitucional en salud, lo embriagante del derecho dúctil y de colocar la constitución como “única” fuente de derecho.

Pero en teoría jurídica se requiere poner los pies en la tierra y efectuar un análisis concreto de la situación concreta, dado que aquella debe ser producto de la realidad histórica de la época. Aquí proponemos un análisis en tal sentido y de ella desprendemos nuestra propuesta de compromiso entre democracia y constitucionalismo a través de la deliberación.

El riesgo metodológico con una propuesta como la contenida en esta investigación es el hiperrealismo, es decir, el de diluirse en el estudio de la sola realidad nacional, no viendo las conexidades que la democracia y el

constitucionalismo tienen con la globalización y la internacionalización del derecho. Sin embargo, creemos que al consultar las teorías valorativas y lograr integrarla con las contradicciones nacionales, se obtiene una dialéctica y armónica conceptualización normativa tanto de democracia como de límite de poder que nos ubica en la universalidad, pero respetando lo particular u autónomo. Espero no incurrir en lo advertido.

Más democracia, menos paternalismo.

Más deliberación, menos elitismo tiránico.

Todo ello, más igualitarismo constitucional.

ABDÓN SIERRA GUTIÉRREZ

1. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DEMOCRACIA EN COLOMBIA

En palabras sencillas, podríamos dar una noción de control de constitucionalidad, en general, diciendo que es la competencia que tiene un órgano del Estado de poder revisar y anular, a través de un pronunciamiento definitivo, disposiciones del legislativo, del ejecutivo y judicial, que en su forma o contenido no se ajusta a la integridad y primacía de la Constitución.

El surgimiento de tal institución y su configuración se debe al surgimiento y fortalecimiento del constitucionalismo como corriente de la modernidad, lo cual ocurrió a partir de la pos Primera Guerra Mundial y acentuado en la pos Segunda Guerra Mundial, expresado en la promulgación de Constituciones en todos los países europeos y latinoamericanos, que consagran la creación de Tribunales o Cortes Constitucionales.

Así, por ejemplo,

”Recién a partir del fin de la Primera Guerra Mundial el enfoque continental europeo en materia de control de constitucionalidad fue cambiando con el establecimiento de tribunales ad-hoc, especialmente encargados de revisar la constitucionalidad de las leyes. La historia de las Cortes Constitucionales europeas comenzaron con la Constitución de Checoslovaquia de 1920, luego la austriaca del mismo año, la española de 1931. La segunda ola de Cortes constitucionales se produjo después de la Segunda Guerra Mundial con el restablecimiento de la austriaca en 1945, la italiana en 1948, la alemana de 1948, el Consejo Constitucional francés de 1958. La tercera ola está constituida por la creación de Tribunal Constitucional portugués de 1976, el español de 1978, en cierta medida del griego en 1975, el de Polonia en 1982 y el de Hungría en 1984”³.

³ NINO, Carlos Santiago. Fundamentos de Derecho Constitucional. p.660.

Este hecho histórico es explicado por el profesor Mauro Cappelletti como el anhelo de la humanidad de no repetir el gran desastre ocurrido en las dos confrontaciones internacionales, periodos en que se desconoció el mínimo moral de derechos al hombre, que aun en los peores momentos de los antagonismos, deben ser respetados y por el otro el garantizarse con este constitucionalismo, incluido el control de constitucionalidad, un mecanismo de garantía o limite a los estados en el trazado de su política, especialmente la que desconozca los derechos humanos.⁴

Cada país, acorde con su tradición jurídico política fue estableciendo su concreta versión constitucional que incluye el control de constitucionalidad. Ello generó toda una gama de grados dentro del constitucionalismo, que inicia por el llamado débil o simple, cuyo rasgo esencial es que tiene establecido un conjunto de normas que permiten regular las relaciones estado- individuo descrito normalmente como el rule of law, y culminando en el llamado constitucionalismo robusto o fuerte o complejo, el cual, es integrado no solo por las reglas anteriores, sino que le establece características que protegen la igualdad, como que sean normas generales y abstractas; el control judicial de constitucionalidad; el reconocimiento de un catalogo de derechos individuales e integra la democracia como presupuesto epistemológico.⁵

Y de ello se ha deducido tres grandes variables de control de constitucionalidad, acorde con los sistemas jurídico inglés, el continental-europeo y el norteamericano.

En el sistema jurídico británico no existe un control de constitucionalidad, igual que en Holanda y los países escandinavos, lo que se debe a que dicho sistema descansa sobre dos aspectos fundamentales que hacen imposible que un juez desconozca la voluntad mayoritaria expresada en el órgano de representación popular. Primero, respecto de los derechos fundamentales y su reconocimiento, en Inglaterra no existe catálogo de ellos en una Constitución.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo. México: Editorial Porrúa S.A., 1993. p.149.

⁵ "La concepción menos robusta quizá se encuentre asociada a la idea básica de rule Of. law, que implica la preservación de algunas reglas jurídicas fundamentales que limitan en cierta medida lo que un órgano particular de gobierno, democrático o no, puede hacer."

"Por último, la robustez del concepto de constitucionalismo depende del modelo particular de democracia que se tome y sus instituciones específicas, tales como la representación, la democracia directa, la necesidad de contar con un cuerpo legislativo colectivo y elegido popularmente, o con un órgano unipersonal, también popularmente electo, pero que reúna funciones legislativas y ejecutivas "Carlos S. Nino. La Constitución de la Democracia deliberativa p.16.

Tal situación es explicada por Manuel García Pelayo, cuando expresa que en Inglaterra:

”fuera de algunas referencias en los <cuatro grandes estatutos> (Carta Magna, Petición de derechos, Bill de Derechos y Acta de Establecimiento) no hay una declaración o código especial de los derechos fundamentales. ¿En qué se funda los derechos de los ingleses? Los juristas británicos contestan que en dos supuestos: a) En que los ciudadanos pueden hacer o decir todo lo que no infrinja el derecho objetivo o subjetivo; b) en que las autoridades solo pueden hacer aquello que les esta permitido por el derecho estatutario o por el common law. Por consiguiente no tiene expresión positiva sino negativa; más que derechos, se trata de libertades. Sin embargo, si en la estructura de la Constitución británica estos derechos no son una masa informe, sino un conjunto articulado y con una formulación relativamente precisa, ello se debe a la función desarrollada por la judicatura, que en sus resoluciones los han ido definiendo y garantizando. También son los Tribunales los que en general, han creado las garantías de estos derechos. Pero, dado que el common law está subordinado al derecho estatutario, y dado que no existe declaración de derechos amparada en una supra legalidad constitucional, es claro que no hay garantía jurídica alguna para la existencia de estos derechos frente a la voluntad del Parlamento, pues este puede tanto ampliar la esfera de las actividades prohibidas como dotar de unos amplios poderes a las autoridades, y en tiempo de guerra así lo ha hecho”.

“El otro presupuesto del sistema jurídico británico es el denominado rule of law, que según Dicey tiene tres significados a) el predominio absoluto del derecho; b) igualdad ante la ley, y c) la constitución es el resultado del reconocimiento por los jueces de los derechos individuales. Sea cualquiera de las significaciones que se tome, lo que se expresa con este presupuesto es el predominio de la ley, del derecho, sobre el hombre y como la ley viene del parlamento, los derechos individuales solo y solamente devienen del reconocimiento de este y los jueces están para defender que esa ley sea respetada. William Blackstone grafica esta situación expresando que “el Parlamento tiene autoridad para hacer, confirmar, extender, restringir, abrogar, repeler, revivir y explicar las leyes, y lo que el Parlamento haga ninguna autoridad en la tierra puede deshacer”⁶.

⁶ GARCÍA PELAYO, Manuel. Derecho constitucional comparado. En: Manual de la Revista de Occidente. Madrid, 1951. p. 258.

El sistema de control constitucional continental europeo, especialmente el francés, pero igualmente italiano, alemán y español, inicialmente se parecían al Inglés dado que ese fue el gran resultado político de la Revolución Francesa: La Asamblea Constituyente era la expresión de la voluntad popular y en consecuencia su poder era omnímodo.

Luego, con los aportes de Hans Kelsen se aceptó la creación del Tribunal Constitucional y dentro de él las funciones del control de constitucionalidad, cuyas características sobresalientes podemos anotar:

... de tipo concentrado, o sea, la capacidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas está monopolizada por un solo órgano, el Consejo o Tribunal Constitucional, aunque hay excepciones a este monopolio; ese órgano que se ejerce es mixto en el sentido de que su composición, con miembros nombrados por un periodo fijo, refleja criterios de formación jurídica y de orientación política, y es independiente de los poderes políticos pero también está generalmente separado del Poder Judicial como organización de los Tribunales ordinarios; el control puede ser concreto o abstracto, y en este caso puede ser preventivo o remedial, hay una tendencia creciente a que el control constituye una revisión de la aplicación de las leyes hechas por los tribunales ordinarios, y a una selección de casos.⁷

A pesar de que no existía ningún mecanismo de control de constitucionalidad expreso en la constitución francesa, ello no quería decir que no existió control absoluto de las decisiones del parlamento, porque en repetidas oportunidades el Consejo de Estado o Tribunal Administrativo inaplicó leyes contrarias a la Constitución, pero control de constitucionalidad propiamente dicho se viene realizando desde 1971 de manera institucional, lo que prima facie parece asombrar dado que junto a los Estados Unidos fueron los fundadores del constitucionalismo, pero comprensible por su proceso político particular.

El tercer modelo de control de constitucionalidad es el norteamericano, el cual se caracteriza por “ser difuso - o sea, puede ser ejercido por cualquier juez federal o local-, ser a posteriori, en casos concretos, y por tener carácter vinculante a través de la regla del stare decisis”, además “un notable activismo en materia de discriminación, de privacidad, respeto a la equidad del proceso político, etc., sin mucha preocupación por encontrar apoyo textual en la Constitución y abandonando las pretensiones iusnaturalistas; en

⁷ NINO, Carlos Santiago. Fundamentos de Derecho Constitucional. p. 661.

lugar de ello se asume abiertamente un rol legislativo en defensa de los derechos”⁸ y últimamente la misma corte ha ido estableciendo límites a su activismo.

1.1 Constitucionalismo y Control de Constitucionalidad en Colombia

Pues bien, de ese esquema general se desprende preguntarnos, ¿qué clase de control de constitucionalidad ha tenido y tiene Colombia? ¿Cuál es su historia constitucional y su alcance? En materia de control de constitucionalidad, ¿cuál ha sido la situación en nuestro país?

El doctor Sergio Reyes Blanco, resume esta historia de la siguiente manera:

“En Colombia el control de constitucionalidad ha estado presente a lo largo de su historia en el desarrollo de sus constituciones, tal como lo hemos planteado en el primer capítulo, ya desde la primera Constitución de 1811 del 4 de abril, conocida como Constitución de Cundinamarca y reformada en 1812, se plantea en ella los primeros aspectos de control constitucional, siendo así que la misma preveía la acción popular o ciudadana de inconstitucionalidad y el control de constitucionalidad por parte del senado de Censura, de igual manera que consagró en esta Carta Política, la figura de la objeción de inconstitucionalidad, la cual podía ser ejercida por los Consejeros del ejecutivo contra providencias emanadas del presidente de la representación nacional, o por éste contra las leyes que pasaban para su sanción.

“Con la Constitución de Villa del Rosario de Cúcuta de 1821, la cual daba vida a la Gran Colombia integrada por los actuales Estados de Panamá, Ecuador, Venezuela y Colombia, o lo que eran los antiguos territorios del Virreinato de la Nueva Granada y la Capitanía General de Venezuela y la provincia de Quito o del Sur, el control de constitucionalidad

⁸ *Ibíd.*, p. 665.

no corre con buena fortuna, por cuanto en ella no se dispone mayor cosa sobre la materia.

“Igual suerte en materia de control y en general presenta la Constitución de 1830, pero debido a la separación de Ecuador y de Venezuela de la Gran Colombia, esta Constitución no alcanza su madurez jurídica, agonizando en su nacimiento.

Razón, lo anterior, que da lugar en 1832 a la expedición de una nueva Constitución para la quebrada estructura que se erige en forma de Estado Centro Federal, denominado La Nueva Granada, en la cual el control de constitucionalidad se plantea pero con un tinte estrictamente político y de manera incipiente.

La posterior Constitución de 1843 sigue los lineamientos de la anterior, pero añade un elemento más, el cual es el de la posibilidad de objetar los proyectos de la ley por parte del Presidente de la República.

Con la Constitución de 1858 que consagra el Estado confederado y se denomina por esta razón Confederación Granadina, y es en esta Constitución en donde se introduce de manera más concreta el control de constitucionalidad de orden judicial, otorgándosele a la Corte Suprema de Justicia la facultad para conocer del Control.

Entrada en vigor la fase del federalismo en nuestro sistema constitucional, la Constitución de Río Negro de 1863 o de los Estados Unidos de Colombia, mantiene el esquema incorporado por su antecesora e introduce de nuevo la modalidad de la acción popular de inconstitucionalidad.

Llegando luego un cambio radical en la estructura del Estado al reconstituirse en República Unitaria con la Constitución de 1886, conocida como la Constitución de Núñez y Caro; en esta ley de leyes se confiere de forma definitiva el control de constitucionalidad a la Corte Suprema de Justicia, la cual conocerá en principio de la objeción presidencial contra los proyectos de leyes; luego mediante la reforma constitucional de 1910 se introduce la acción de inconstitucionalidad, disponiendo dicho acto legislativo que: “A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además, de las facultades que le confiere ésta y las leyes tendrá las siguientes: Definir

definitivamente sobre la inexecutable de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación” quedando de esta manera plasmada el espíritu de control de constitucionalidad de carácter judicial que rescataba el sentir de verdadero guardián de la Carta Fundamental, preceptuando además la Constitución la vía del control incidental heredado del sistema norteamericano o difuso”.⁹

Este proceso culmina con la Constitución de 1991, que en el artículo 241, regula el control de constitucionalidad, en los siguientes términos:

“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamentos en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno

⁹ REYES BLANCO, Sergio. El Control de Constitucionalidad. Su evolución en España y Colombia. Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda. Primera edición: 2004. p.74.

como inconstitucional, y de los proyectos de ley estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

Pero a su vez el artículo 237 de la Carta Magna, numeral 2, al regular las funciones del Consejo de Estado, expresa: “Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

Completando la reglamentación del control de constitucionalidad, se ha dicho que los jueces y las autoridades administrativas, con apoyo en lo estatuido en el artículo 4 de la Carta Política, pueden aplicar la excepción de inconstitucionalidad, dado que “en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. A su vez los jueces cuando están en aplicación del artículo 86 de la Constitución también están en función de control de constitucionalidad.

Esta reglamentación ha llevado a un sector de la doctrina a expresar que: “la Constitución de 1991 estableció en nuestro país un sistema mixto de control de constitucionalidad, dado que tiene características del sistema concentrado y características del sistema difuso”¹⁰, mientras que otro expresa que se trata de un control concentrado con particularidad especial en materia de control judicial incidental. De todas maneras, es aceptado que nuestro sistema de control de constitucionalidad es difuso y la reglamentación constitucional puesta de presente así lo demuestra.

Ahora bien, ese control de constitucionalidad puede ejercerse formal y materialmente. “El primero respecto a la validez formal o procedimiento que se debió seguir para la expedición de la ley, en el que se comprende la

¹⁰ SU- 1219 DE 2001

competencia del órgano autor y resto de exigencias contemplados en el artículo 150 numeral 10 de la Carta de 1991”¹¹. El control material, se refiere: “al contenido de la ley objeto de control, el cual, se ha concretado a la revisión respecto de la unidad de materia y de controlar el desbordamiento en el ejercicio de las facultades extraordinarias por el presidente de la Republica.¹²

Se habla que en Colombia existe control integral de constitucionalidad, por lo que se entiende que la Corte Constitucional frente a una ley que se le imputa de desconocer mandatos constitucionales, no solo lo hace respecto de las normas que los accionantes alegan en su libelo demandatorio, sino que su estudio debe extenderse a la integridad de las normas constitucionales en su conjunto. En tal evento, cuando la Corte no limita su interpretación de control a específicos aspectos, se dice que se ha efectuado un control absoluto y da origen a la “presunción de control integral” de la norma revisada. Claro está que ello no nos puede llevar a pensar que “integridad” pueda significar que oficiosamente la Corte Constitucional pueda realizar actividades de control sobre los actos del legislador o el ejecutivo, porque una cosa es el principio dispositivo inicial para noticiar la jurisdicción constitucional y otro es el alcance del control de constitucionalidad.¹³

Ahora bien, ese poder de limite con que cuenta la Corte Constitucional respecto de los actos del legislativo y el ejecutivo le impone dos aspectos presuéstales, cuales son: Todo control de constitucionalidad exige una labor interpretativa de la ley y de la Constitución, a efecto de deducir si la norma estudiada desconoce o no el marco integral de la norma superior , y, segundo, la Corte Constitucional no puede desconocer la relativa libertad del legislador para configurar las políticas públicas.

Un proceso de control de constitucionalidad impone siempre una valoración relacional que busca establecer si la norma legal cuestionada es o no conforme con las normas constitucionales. Por tanto tal decisión no puede tomarse sin antes establecer el alcance de la norma legal y ello solo se puede lograr aplicando la hermenéutica, generándose un permanente contacto entre los asuntos legales y constitucionales, a pesar que por regla general la interpretación de la ley esté en cabeza de la jurisdicción ordinaria, por lo que debe evitar entrometerse en la autonomía con que cuentan los jueces ordinarios.

En sentencia C-109 de 1995, la Corte Constitucional, expresó al respecto:

¹¹ Sentencias C-055 DE 1995;C-084 DE 1995;C-529 DE 1994 y C -572 de 1997.-

¹² C- 531 de 1995; C-546 de 1995

¹³ C-434 de 1992;C-282 de 1995;C- 055 de 1995 y C-008 de 1995.

“Esta Corporación, en la medida en que es un juez de constitucionalidad y no de legalidad, no puede imponer, con base en discusiones puramente legales, cual es el sentido de una disposición legal, puesto que esa es labor de los jueces ordinarios y, en especial, del tribunal de casación. En virtud de la separación que existe entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, la Corte Constitucional solo puede establecer en sus sentencias cuales son las interpretaciones admitidas de determinadas normas legales cuando existen valores constitucionales en juego. A pesar de ello, el que en ejercicio del control de constitucionalidad, la Corte, en algunos casos debe participar del debate interpretativo de la ley, lo cual, crea tensiones que deben resolverse y que de manera practica la misma Corte ha resuelto sobre la base del respeto de ciertos principios jurídicos, como son: a) El respeto a la autonomía de los operadores jurídicos ordinarios, siempre que sus interpretaciones se encuentren en el marco de lo razonable, cuyo limite es lo arbitrario b) Si la norma que se estudia, desde el punto de vista constitucional, admite varias interpretaciones, debe la Corte limitarse a reconocer su constitucionalidad, sin amarrar su interpretación a ningún sentido específico de aquellos, ya que ello es labor del juez ordinario. c) Cuando la norma acusada admite varias interpretaciones, pero algunas son inconstitucionales y otras caben en el marco de la constitución, la decisión ha de ser condicionada, expresando los sentidos en que debe mantenerse y cuales interpretaciones no lo son”¹⁴.

En tal sentido, la Corte Constitucional ha precisado que la autonomía funcional del juez en la interpretación legal tiene límites, entre los que cuenta “la arbitrariedad y la irrazonabilidad de sus respectivos resultados”¹⁵, es decir, que ella debe respetar las interpretaciones que se ajusten a la razonabilidad de las normas y retirar las que no caben en la misma. Es esto lo denominado el principio de conservación del derecho.¹⁶

Por otro lado, siendo nuestro Estado una democracia constitucional, el constitucionalismo no puede desconocer que él forma una unidad con otro extremo, la democracia y que ésta descansa sobre la base de la división de poderes y su regla de oro la opinión mayoritaria, que en la época presente es producto de la pluralidad de clases, sectores de clase, diversos intereses

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-108 de 1995. En igual sentido C-371 de 1994; C- 496 de 1994; C – 389 de 1996 y C 488 de 00.

¹⁵ C – 301 de 1993

¹⁶ C- 273 DE 1999 y C- 955 de 2001.

políticos, económicos y sociales. Es esto lo que se ha llamado pluralismo social y político. Tal circunstancia es lo que en el plano jurídico se denomina libertad de configuración política del congreso, el cual, al momento del control de constitucionalidad la Corte debe respetarlo para que todas las opiniones democráticas y pluralistas puedan tener acogida en el ordenamiento jurídico nacional.

La Corte hizo referencia a este aspecto en la sentencia C-081 de 1996, cuyo ponente fue el doctor Alejandro Martínez Caballero, en los siguientes términos:

“El legislador no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (Art. 4 C. P.). Pero en función del pluralismo y de la participación democrática, el legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la carta. Esto es lo que la doctrina constitucional comparada ha denominado la libertad de formación democrática de la voluntad o la libertad de configuración política del legislador, según la cual, corresponde al congreso adoptar libremente, dentro de los marcos de la Constitución, diferentes políticas y definiciones legislativas que expresen la visión de las distintas mayorías que se expresan democráticamente en esa instancia. Por ello, esta Corporación ha señalado que “es propio de una Constitución democrática y pluralista como la Colombiana, que sus normas materiales o sustantivas, en principio, puedan permitir, dentro de ciertos límites, diversas políticas y alternativas de interpretación”.

Esta libertad de configuración del legislador, así como la propia naturaleza de ciertos conceptos constitucionales, permiten precisar los alcances del control constitucional de las definiciones legislativas de las categorías constitucionales. En efecto, el control material de la corte de estas definiciones legislativas busca preservar al mismo tiempo la supremacía de la Carta y la libertad política del libertador. Por ello, el control constitucional en este campo es ante todo un control de límites, pues no puede la Corte aceptar definiciones legales que contraríen la estructura constitucional o vulneren principios y derechos reconocidos por la Carta. Pero tampoco puede la Corte interpretar la Constitución de manera tal que desconozca el pluralismo político y la alternancia de diferentes políticas, pues la carta es un marco de coincidencias básicas, dentro del cual coexisten visiones políticas diversas.

“Este control de límites varía su intensidad dependiendo de la propia complejidad y desarrollo de la construcción constitucional de un determinado concepto o institución. Así, si la determinación de los elementos estructurales de un concepto es más o menos completa, esto hace más estricto el control constitucional del acto normativo que desarrolla el mencionado concepto pues, en tales casos, el constituyente ha limitado el ámbito de acción del legislador. Por el contrario, si la protección constitucional solo se predica de ciertos elementos, los cuales no delimitan perfectamente la figura jurídica del caso, el Congreso tiene una amplia libertad para optar por las diversas alternativas legítimas del concepto, obviamente respetando el marco constitucional fijado. En efecto, en función del pluralismo político, la soberanía popular, el principio democrático y la cláusula general de competencia del Congreso (C. P. Art. 1, 3, 8 y 150), se entiende que cuando la constitución ha guardado silencio sobre un determinado punto es porque ha querido dejar un espacio abierto amplio para diferentes regulaciones y opciones de parte del Legislador. Eso significa que cuando no puede deducirse del texto constitucional una regla clara, en principio debe considerarse válida la regla establecida por el legislador.”

No tratándose esta investigación propiamente del estudio del control de constitucionalidad en abstracto, sino la línea concreta desarrollada por la Corte Constitucional colombiana respecto del derecho fundamental a la salud, no encontramos muy relevante entrar a plantear aspectos legales de los diversos procedimientos que se plantean en la Corte, ni la estructura orgánica de dicha corporación por cuanto no son pertinentes al nervio del tema aquí planteado.

Sin embargo, se resalta la importancia que tiene para el tema aquí tratado, la libertad de configuración legislativa, porque esa pluralidad de intereses y de sectores de clase sociales que allí confluyen en la formación de la política pública es un elemento a aprovechar como factor de calidad y legitimidad del órgano político en la orientación de dichos programas.- He ahí lo que se ha dado en llamar el valor epistémico de la democracia y lo que permite establecer que en consecuencia el control de constitucionalidad no pueda ser absoluto, ni automático. Por el contrario, en temas que la constitución regula a manera de regla de derecho, el principio de libertad de configuración política legislativa se reduce, dado que el legislador debe atenerse a los estrictos parámetros establecidos por la norma de normas.¹⁷

¹⁷ C- 445 de 1995

Pero las democracias constitucionales no son solo democracia, no son solo la regla de las mayorías, sino que igualmente hay un núcleo moral mínimo, inalienable y que toda persona por el solo hecho de serlo debe disfrutar, no siendo posible su desconocimiento ni las decisiones mayoritarias pueden invadir, llamados derechos humanos y positivamente derechos fundamentales.

Desconocer ese núcleo mínimo de los derechos legitima con justificación inapelable, la intervención del órgano de control, que como vimos no solo ata a los particulares entre sí, sino, especialmente al legislador y al ejecutivo. Nuestra Corte Constitucional es entusiasta defensora de ese núcleo y es precisamente la que aplica en la línea jurisprudencial que se estudia.

Para que tal intromisión en la orbita de libertad del legislador en la configuración política de sus orientaciones públicas pueda ser penetradas a través del control de constitucionalidad no puede darse cualquier razón y efectivamente no lo son en la práctica constitucional, sino especialmente en las tres excepcionales circunstancias que Carlos Santiago Nino expresa:

“a) Cuando el legislador, a través de leyes quiere orientar las políticas públicas a través de leyes perfeccionistas, entendiéndose por tal, cuando el legislador pretende dirigir el fuero personalísimo de cada persona, como en el caso de impedir del aborto en las tres circunstancias en que se coloca en peligro la vida de la madre, su dignidad o malformaciones genéticas o en el caso de leyes que penalizaba el uso personal de marihuana. La democracia no está para diseñar la vida individual de las personas y su intimidad, sino en la medida que ella afecte a terceros, dado que aquella constituye un ámbito de fuero interno de cada sujeto.-.

b) Cuando una ley restringe la amplitud del procedimiento democrático de participación amplia en la toma de decisiones que afectan a la comunidad, asumiendo una actitud restrictiva respecto de unos de los afectados, el control de constitucionalidad debe servir para restablecer los canales que garanticen la deliberación amplia del mayor número de miembros de la sociedad, incluso estimular ese debate tanto institucionalizado como también el cuestionamiento informal de la comunidad, diseñando reglas claras para que ella se lleve a cabo de la mejor forma.

c) La sociedad en su vivencia va desarrollando sus propias reglas de comportamiento y las eleva a normas, aun consuetudinaria, de moral pública. Ello constituye la práctica

social de la comunidad que debe ser protegida de las restricciones de la democracia o superadas por ella, en caso que se hayan tornado obstáculo para el desarrollo de la vida en sociedad. Cuando esas prácticas colectivas se justifican a la luz de la Constitución que todos los miembros de la comunidad deseamos, sirven para fundamental decisiones individuales.”¹⁸

Esta visión general de control de constitucionalidad será la que defenderemos en este trabajo y que confrontaremos con la asumida por la Corte Constitucional respecto del derecho a la Salud y de los desplazados, en vista a establecer si la posición de impartir la orden constitucional es la mejor forma de desarrollar la democracia en nuestro país. Y la defensa se apoya en que, en las condiciones de Colombia, solo un control con las características de servir a la ampliación de los canales democráticos; que integre la democracia al cumplimiento de sus deberes constitucionales; un control que impida que las políticas públicas asuman una guía de preferencias de plan personal de vidas; sirva al desarrollo; respete la naturaleza plural de nuestra configuración social y política, amén de respetar la autonomía personal de libre desarrollo de personalidad, contribuirá a la solución política dialogada de nuestras contradicciones.

Y todo ello, ha de ayudar a la armonización social y servir de instrumento de paz y conciencia.

Pero, ese control de constitucionalidad se efectúa en una sociedad democrática, de ahí su nombre complejo: democracia constitucional. Pero este estudio se efectúa respecto de una específica línea jurisprudencial y en Colombia, por lo que no es del caso realizar un estudio histórico y pormenorizado de lo que es la democracia. Sin embargo, se efectuará anotaciones respecto de qué se requiere hoy para entender que un país es democrático y las peculiaridades de la democracia nacional, de manera que sirva de presupuesto a la propuesta que se hará en el capítulo quinto de este trabajo.

Lógicamente que aun refiriéndonos a Colombia solo tocaremos aspectos de historia que nos sirvan para caracterizarla, resaltando la peculiaridad del predominio de elementos autoritarios, elitistas y de graves restricciones democráticas, de lo cual no esta excepto la actitud tomada por la Corte Constitucional respecto del derecho a la salud.- Por ello, tanto en general como particularmente para Colombia, respecto de la democracia, resaltaremos los aspectos que impliquen la amplitud o restricción de la participación de los ciudadanos en la formación de las políticas públicas, el

¹⁸ NINO, Carlos Santiago. La constitución de la democracia deliberativa. España. Editorial. P. 273 ss.

respeto de los derechos y a la práctica social conquistada, como elementos del constitucionalismo y que la democracia debe respetar y presuponer, dado su unidad dialéctica.

Se ha dicho que democrático es hoy el Estado que presenta de alguna manera las siguientes características: a) Que el poder se ejerza por personas que verdaderamente representen los intereses del pueblo; b) Decisiones mayoritarias mediante elecciones libres; c) Derechos humanos, que no solo incluye entre los derechos necesarios algunos tales como la libertad de expresión, sino que además menciona la mayoría de los derechos humanos enumerados, por ejemplo, en la Convención Europea de Derechos Humanos; d) Imperio de la Ley: “rule of law”, de los derechos (jurídicos) del individuo; e) División de poderes: ni siquiera el parlamento deberá detentar todo el poder. Por ejemplo, la independencia de los Tribunales es algo característico de la democracia; f) Que las personas que ejercen el poder sean responsables de sus acciones; g) La participación del ciudadano en la vida política.

Desde su misma significación etimológica, democracia se predica de la forma de gobierno ejercida por el pueblo, es decir, por la opinión de la mayoría, de allí que la legitimidad de sus autoridades para ser representantes y representativos de los intereses de la mayoría, es designada mediante el voto universal y libre. En un principio mediante la participación del mismo pueblo en los debates y deliberaciones acerca de las cuestiones que concernían a la colectividad, que no es otra que la denominada democracia directa, existente como ejemplo en la democracia griega.

Pero a pesar de ese antecedente de la democracia griega, fue precisamente en esa cultura donde se desconoció la deliberación democrática y esa forma de gobierno pasó a tener un significado peyorativo debido a la demagogia o sofística, de la que da razón Aristóteles en su texto *La Retórica*. Y fue allí, donde la democracia directa llegó a su fin en el año 322 a. C., resurgiendo luego como democracia representativa con las implicaciones restrictivas de la deliberación abierta y libre entre los sujetos racionales, libres e iguales.

De todo el proceso de transformación de la democracia ha quedado claro que ella no es un fin en sí mismo, un resultado solamente, sino que ella y su configuración institucional depende de la teoría moral, política y jurídica que le sirva de fundamento y guía, por lo que se ha dicho que el concepto de democracia es normativo o parcialmente normativo, debido a que hay aspectos que le son comunes a todo tipo de democracia, como los derechos de opinión y participación en las elecciones periódicas.

Por el otro lado, hoy es posible agrupar esas teorías que orientan la democracia en dos grandes grupos, unas que no aceptan la posibilidad de que

las preferencias de la ciudadanía puedan transformarse por fines morales preferibles y que la democracia no debe servir de escenario para tal transformación, sino por el contrario, respetar de manera neutra las preferencias. Y las teorías que admiten que las preferencias morales puedan y deben transformarse por fines más loables y la democracia debe servir de escenario para ello, por lo que las instituciones se diseñan para tal fin. He ahí la cuestión debatible en el campo de la política y la moral de hoy día y la que nos permite direccionar el esquema de propuesta institucional, dado que, como lo expresa Carlos Santiago Nino:

“... estas diferentes visiones de la democracia no son meramente especulativas sino que tienen consecuencias distintivas para asuntos fundamentales del diseño institucional. La democracia no es simplemente un concepto descriptivo cuyas instituciones puedan ser identificadas de hecho. Por el contrario, es un concepto parcialmente normativo construido por una teoría moral, y las instituciones específicas que ella demanda dependerán de la teoría empleada para justificarla. Instituciones tales como las elecciones periódicas y la libertad de expresión pueden llegar a ser universales para todo tipo de democracia, pero otras son vitalmente dependientes de la concepción justificatoria que se adopte...”¹⁹.

Pues bien, ¿cuál es la situación jurídica de la democracia en Colombia? La Corte Constitucional, en Sentencia SU-747 de 1998, efectuó un breve recorrido histórico jurídico de la evolución de la democracia nacional en los siguientes términos:

“La Constitución de 1991 declara que Colombia es un Estado de derecho y social, que deriva su legitimidad de la democracia (C. P. Art. 1). Estos tres calificativos del Estado colombiano definen de manera esencial su naturaleza. La acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regido por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución (C. P. Art. 4), lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho.

Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarles a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de

¹⁹ Ibid. p.104.

éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.

Finalmente, la definición del Estado colombiano como democrático entraña distintas características del régimen político: por un lado, que los titulares del Poder Público ejercerán esa calidad en virtud de la voluntad de los ciudadanos, la cual se expresa a través de las elecciones; de otro lado, en lo que ha dado en llamarse democracia participativa, que los ciudadanos no están limitados en su relación con el poder político a la concurrencia a elecciones para seleccionar sus representantes, sino que también pueden controlar la labor que ellos realizan e intervenir directamente en la toma de decisiones, a través de mecanismos como los contemplados en el artículo 103 de la Carta; y, finalmente, y de acuerdo con la reformulación del concepto de democracia, que la voluntad de las mayorías no puede llegar al extremo de desconocer los derechos de las minorías ni los derechos fundamentales de los individuos.

Las transformaciones introducidas en este campo por el Constituyente de 1991 denotan su fuerte compromiso con la profundización de la democracia en el país. En efecto, la Carta de 1991 le asigna un valor fundamental a la democracia, tanto en sus aspectos procedimentales - tales como las elecciones, el control de los mandatarios, los mecanismos de participación, la división de poderes, la regulación de los partidos políticos, etc. Como en sus aspectos sustanciales - que se expresan en los derechos fundamentales y en los fines y obligaciones del Estado.²⁰

Pero si ello es así en el campo histórico- jurídico de nuestro Estado, ha sido producto de todo un proceso que presenta unas peculiaridades que determinan lo específica naturaleza social y política de nuestra realidad , especialmente la historia de confrontaciones sociales que han azotado nuestro desarrollo, unas de naturaleza política y otras de causa delincuenciales, las primeras reflejadas en el movimiento guerrillero y de masas más antiguo de América Latina y las segundas por los carteles de la droga que en diversas zonas del país han alcanzado el control del poder, por encima del mismo Estado o compartido con él. Agravando el panorama, el

²⁰ SENTENCIA SU-747 de 1998. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

surgimiento de problema del paramilitarismo y de una delincuencia común organizada y acaudalada que igualmente cuenta con sus zonas de control y poder. Situación que concurre a la formación del Estado y que impone desde sus orígenes la debilidad del mismo en su conformación, convirtiéndose al autoritarismo el criterio para compensar aquella situación endémica de origen.

Agréguese, la galopante inflación monetaria que convive con el desarrollo económico del país, la alta tasa de desempleo y de empleo disfrazado de subempleo que se vive en el territorio, el profundo desplazamiento de poblaciones del campo a engrosar los cinturones de miseria y violencia en las ciudades, el poco desarrollo tecnológico de la agricultura y la ganadería que se explota en las zonas dedicadas a esa actividad, en fin nuestra democracia está apoyada en un índice estructural económica bajo y con tendencia a continuar pauperizándose socialmente.

Si ello se expresa en el campo estructural, es decir en lo económico y social, en lo político la cosa no es menos dramáticas, dado que desde hace muchos años el control de parte de los partidos tradicionales del Estado es una constante, lo cual, se fortaleció con el denominado Frente Nacional, consistente en el acuerdo de repartirse paritariamente la administración estatal entre liberales y conservadores, cerrando la posibilidad de que otros sectores ingresaran a la opinión pública del país.

Además, la actitud abiertamente autoritaria de los gobiernos, que so pretexto de combatir la subversión se vivió en grandes periodos de estado de excepción (estados de sitio), que como se sabe implicaba una grave restricción de los derechos y garantías civiles y políticos; la respuesta a la protesta popular, tanto en el campo como en la ciudad era respondida con la represión militar; el movimiento sindical y democrático de masa igualmente era sometido a restricciones, como el movimiento estudiantil, el cual entrego su numero grande de mártires; la lucha por la tierra, de parte del movimiento campesino movido por la consigna democrática de la tierra para el que la trabaja fue sometida a la fuerza y divisiones institucionalmente.

En fin, si bien es cierto que el Frente Nacional sirvió al Estado para resolver el estado de violencia preexistente, a su vez su implantación generó otras consecuencias políticas y sociales a tener en cuenta para este estudio: el surgimiento de una fuerte casta clientelista y la perdida de interés en la participación política electoral; dio origen a la subversión política y una institucionalización cerrada y antidemocrática.

Aunque la subversión es un problema político, ésta se encuentra por fuera de la institucionalidad, por lo que será un fenómeno que no se tendrá en cuenta para efecto de este trabajo, a pesar de su impacto en la democracia y en la

constitucionalización de la misma, limitándonos a remitir su estudio a la excelente investigación realizada por Boaventura de Sausa Santos y Mauricio García Villegas en *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*²¹, limitándonos a lo referente a los otros dos fenómenos por su repercusión en los canales democráticos y deliberativos que el control de constitucionalidad deben despejar de todo autoritarismo.

En el mencionado texto se expresa respecto de las dos características de la democracia colombiana, lo siguiente:

El clientelismo es una práctica legendaria en la historia política nacional muy ligada al carácter elitista del sistema político y a la debilidad del Estado. Su manifestación actual encuentra raíces en las viejas relaciones feudales impuestas desde la Colonia y aun persistentes en ciertas áreas rurales del país. El desarraigo social de los partidos tradicionales y la clientelización de sus dirigentes se acentuó durante el periodo del Frente Nacional (1958-1974) La repartición temporal y burocrática del poder – por mandato constitucional- entre los dos partidos desvaneció las pasiones partidistas al eliminar sus competencias electorales y redujo la participación política a sus expresiones burocráticas y clientelistas. El clientelismo se convirtió de esta manera en el principal mecanismo de articulación de prácticas políticas entre los grupos sociales.

La creación de una burocracia estatal moderna en la segunda mitad del siglo XX produjo una adaptación de esta practica en una especie de clientelismo corporativo, asentado en la capacidad del Estado para distribuir recursos –a través de los auxilios parlamentarios, entre otros mecanismos –en las localidades, bajo la intermediación de los caciques políticos, a su turno ligado a los miembros del Congreso Nacional. La nota característica de esta nueva forma de clientelismo se encuentra en la importancia del papel jugado, de una parte, por as entidades del Estado en perjuicio de las actuaciones sectariopartidistas y, de otra parte, por las personalidades políticas y sus movimientos políticos locales, en detrimento de la organización y dirección central del partido. Los líderes regionales desplazaron de este modo a los jefes nacionales. De manera concomitante, la actividad política se ha degradado en una serie de prácticas de negociaciones y compromisos cada

²¹ SANTOS, Boaventura de Souza y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El caleidoscopio de la justicia en Colombia*. Siglo del Hombre Editores. 2004 Tomos I y II.

vez más específicas, más efímeras y más dependientes del favor de pequeños grupos de electores.²²

Respecto a la exclusión social, la investigación realizada por Santos, en el periodo de Frente Nacional y sus consecuencias frente a la democracia, son resumidas así:

En síntesis, durante el periodo analizado, las movilizaciones políticas es controlada, atenuada y casi eliminada en Colombia, tal como sucedía en muchas otras partes del mundo. El hecho de que ello se haya logrado violentamente por las “vías democráticas” degradó la alternativa de lucha democrática, aumentó la movilización política ilegal (guerrilla, guerra sucia) y creo una situación institucional de maridaje y tensión entre régimen constitucional y régimen militar que puede ser caracterizada como democracia de bajísima intensidad. Este régimen político representa la cara constitucional del fenómeno social de extrañamiento de la sociedad civil, la cual se manifiesta en la guerrilla y en la clase marginal. La primera es un extremo de extrañamiento por oposición, la segunda es un caso de extrañamiento por abandono. Mientras más bajo es el perfil de la democracia, más extrañamiento se produce en la sociedad y mayor es el espacio dejado a la discreción de los fascismos sociales, los cuales precisamente, se alimentan, tanto del predominio de los procesos de exclusión sobre los procesos de inclusión, como de la democracia de bajísima intensidad.²³

Este estado de postración de la democracia presentó un cambio favorable en el año 1991 con la expedición de la Constitución Política, la cual entró en vigencia a partir del 4 de julio de 1991. Esta Constitución colocó jurídicamente al país en las nuevas corrientes del derecho y del constitucionalismo, caracterizado por el reconocimiento de un catálogo de derechos constitucionales fundamentales y las acciones mediante las cuales se deben garantizar en caso de ser desconocido o está en peligro de ser desconocido por el Estado o por particulares; creó la Corte Constitucional como la corporación guardiana de la integridad de la Constitución; el Consejo Superior de la Judicatura para que se encargara de la administración de la Rama Judicial y de juzgar a los abogados y funcionarios judiciales por sus conductas contrarias a la honestidad y el decoro que su actividad requiere; creó la Fiscalía como ente encargado de investigar las conductas delictivas y acusar ante los jueces penales, igualmente dio origen a la Defensoría del

²² Ibid. Tomo I. p.60.

²³ El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Tomo I. p.63.

Pueblo, con el encargo de asistir técnicamente a los procesados que carecen de recursos para tal.

Esta nueva estructura estatal y especialmente la acción de tutela y resto de acciones constitucionales creó una nueva situación jurídico-social, permitía la comprensión de que carta política no era un mero acuerdo político programático, sino una real norma que contenía derechos y imponía obligaciones dando así, origen a una nueva cultura jurídica, lo que fue ayudado por el activismo jurídico de la Corte Constitucional, que construyó sus líneas jurisprudenciales respecto de cada uno de los derechos fundamentales, colocando a los jueces en una posición y protagonismo no visto hasta entonces. Este proceso se ha dado por llamar judicialización de la política.

Pero, concomitante con tal protagonismo comenzaron las tentaciones por reformar esa estructura y aniquilar ese activismo judicial, más no solo mediante reformas legales sino a través de la aniquilación física de sus funcionarios. Entonces tenemos a manera de conclusión parcial, una democracia que es controlada por las practicas autoritarias, gamonalezcas, clientelistas, que cierran los canales de deliberación y consenso para obtener las soluciones y un aparato judicial con un activismo publico y político pero con carácter elitista dado que se limita a impartir ordenes sin comprometer y forzar a los otros órganos a que cumplan con sus competencias constitucionales, con la paradoja que en su funcionalidad ordinaria presenta una grave impunidad civil y penal respecto de las controversias puestas a su conocimiento.

Un estudio reciente, realizado por los doctores Rodrigo Uprimny, Cesar Rodríguez G. y Mauricio García, pone de presente el siguiente diagnóstico sobre la justicia colombiana:

“Hacer un diagnóstico del aparato judicial colombiano no es fácil, porque la justicia en nuestro país combina rasgos paradójicos. Por un lado, Colombia atraviesa una crisis judicial profunda que no permite que el aparato de justicia satisfaga las demandas de la población. Un indicador de esa crisis es la grave impunidad en materia penal. A pesar de las discrepancias que existen en el país en torno a la conceptualización y cuantificación de la impunidad, en general todos los analistas reconocen que ésta es alta y persistente

“... ”Por otro lado, sin embargo, el aparato judicial colombiano dista de haber colapsado. De hecho, en muy pocas fases de la historia colombiana los jueces han tenido tanta incidencia en

los asuntos políticos y públicos. Por ejemplo, el muy activo control ejercido por la Corte Constitucional ha puesto a este tribunal, en muchas ocasiones, en el centro de los debates políticos.”... Este fenómeno no es exclusivo de Colombia. En muchos otros países se combina las enormes deficiencias del aparato judicial y su gran protagonismo, lo que ha llevado a muchos analistas a afirmar que las primeras se cubren con el segundo, esto es, que las deficiencias funcionales del aparato judicial son en ciertas medidas compensadas por una intervención excepcional de los jueces en los grandes debates políticos. ”.....” mientras la justicia no resuelva sus problemas funcionales y adquiera fortaleza y capacidad mediante el logro de sus tareas institucionales básicas, su intervención en los grandes debates políticos puede ser pretexto para una desviación de objetivos y para debilitamiento aún mayor de sus cometidos.”²⁴

Este diagnóstico, que primero reconoce progresos, pero que en lo esencial acepta que se mantiene el estado de cosas, impone a la administración de justicia jugar su rol social, político e incluso económico para superar o ayudar a superar la difícil situación de la población, pero para ello debe disponerse a superar su propia postración frente a la justicia común para que su participación en los asuntos políticos importantes sean tenidos como reflejo de su idoneidad instrumental en la consolidación de la democracia y el sistema en general. De lo contrario, la intervención en la orbita de otros órganos será vista como sospechosa intromisión, que la coloca, como efectivamente la ha colocado, en el ojo del huracán.

Este trabajo, no pretende estudiar, en general el control de constitucionalidad y las propuestas de reformas institucionales para que tal control sea lo más efectivo en nuestro país sino simplemente estudiar la doctrina desarrollada por la Corte Constitucionalidad respecto de su línea jurisprudencial en cuanto el derecho a la salud y los desplazados como laboratorio experimental a efecto de subsumirla en aquella dogmática propuesta, deduciendo cual de las dos posturas-en salud como derecho fundamental en conexidad o la de los desplazados- está más acorde con la naturaleza de nuestra democracia y a su vez imprime desarrollo al Estado Social de derecho.

Y todo ello, solo se puede obtenerse o por lo menos se facilita en la democracia que hoy la doctrina política ha denominado deliberativa, cuyos

²⁴ Rodríguez Cesar, García Mauricio Rodrigo Uprimny. ¿Justicia para todos? Sistema Judicial, derechos sociales y democracia en Colombia Pag 36-37.

rasgos esenciales son delineados por el tratadista Carlos Santiago Nino y compartida en grandes rasgo por J. Habermas, John Rawls y Luís Prieto Sanchis.

De suyo fluye la diferencia con las concepciones morales neutras pero también con las concepciones “perfeccionistas”. La primera porque no admite el papel transformador de los valores aportados y desarrollados por la democracia y la segunda porque pretende imponer los planes de vida como política pública desconociendo lo que Garzón Valdez ha denominado el coto vedado, lo cual es inadmisibles en una sociedad plural.-.

Por ello, la propuesta de democracia deliberativa defendible en este trabajo es la que prima facie se diferencia claramente la órbita privada individual o plan de vida, intersubjetiva, siendo además elemento esencial la deliberación como método que permite evitar la vulneración de la primera por decisiones de la mayoría. Y aquí está una de las funciones del control de constitucionalidad.

Pero la democracia debe desarrollarse permanentemente, no es un plan público de vida que “nace perfecto”, no es un resultado preconstituido y que se encuentra en un armario oculto de la historia que solo exige descubrir el método para encontrarla, asumiendo la humanidad y el hombre el rol de descubridor. No, la democracia hay que estructurarla en cada instante de su dinámica vida, tomando en cada momento los mejores valores y procedimiento, a efectos de acercarnos a lo que podríamos llamar ideal democrático del pueblo históricamente determinado. Por ello, todas las definiciones que en la doctrina se han dado acerca de la democracia deliberativa comprenden como núcleo estructural un elemento democrático y una justificación argumentativa de las decisiones; esta es la parte democrática. Así mismo, concuerdan en que incluye la toma de decisiones por medio de argumentos ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad: esta es la parte deliberativa.²⁵

Esta deliberación democrática en la toma de decisiones es la mejor forma de determinar los principios guías que deben orientar la vida en comunidad, porque además de brindar la mayor información al respecto del tema a estudiar, compromete a sus participantes en la ejecución de lo decidido aunque no lo comparta, acentuando el compromiso moral de su ejecución, pero además de ello, pone de presente las limitaciones individuales frente a las complejas democracias sometidas a las tensiones internas por efecto directo o indirecto de la globalización.

²⁵ ELSTER, Jon. La Democracia Deliberativa Introducción Gedisa. Editorial Barcelona. España, 2000. p. 21

En Colombia, las oposiciones en la vida política y social ha llegado hasta la forma más elevada, cual es la guerra, no es posible pensar siquiera en sentarse a dialogar sin que se restablezca un mínimo de condiciones de confianza entre los opuestos, incluso no solo respecto de los antagonismos, sino también en situaciones que el propio sistema brinda soluciones menos agresivas, se acude a los medios de enfrentamiento (Ej. no acudir al divorcio de mutuo acuerdo sino al contencioso).-

En fin, en una sociedad de polarizaciones incluso en aspectos simples, el impulso de la deliberación, entendida como dialogo, como discusión civilizada, genera todo un potencial de posibilidades transformativas de las preferencias colectivas productos de las condiciones históricas propias de nuestra vida política y social y que de manera muy sensorial se ha expuesto en este primer capítulo.

La desconfianza propia de los antagonismos para transformarse en opciones morales mejores requiere de mínimas condiciones de confianza, que en nuestro país, no solo se genera por la fricción de los contrarios, sino por los intereses particulares que se mueven dentro de cada uno de ellos mirados como un todo en sí mismo. Ello pone de presente que las tareas de la democracia en Colombia son inmensas y si con soluciones como la que proponemos para la protección del Derecho a la Salud y a los desplazados se contribuye al buen clima general que se requiere para la transformación institucional hacia una concepción social, bien venida sea.

¿Hay una forma de proteger el derecho a la salud y de los desplazados, que además de ser garantía, implique la participación libre e igualitaria de todos los que se puedan verse afectados con dicha decisión? ¿Hay una solución proteccionista al derecho a la salud que no implique que los jueces se limiten a impartir ordenes individuales? ¿Hay manera de deliberar entre los diversos órganos (ejecutivo, legislador, EPS, ARS, usuarios, jueces) para trazar democráticamente una política publica respecto del derecho de salud?

Esa solución deliberativa y democrática es la que se propone en este trabajo respecto del derecho a la Salud y los desplazados que podría ser una insinuación muy parcial de propuesta para nuestra democracia como de dogmática referente del alcance del control de constitucionalidad para nuestro país.-

2. JUSTIFICACIONES DOCTRINARIAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La justificación del control de constitucionalidad es un tema de vieja data en la doctrina constitucional, que todavía hoy mantiene su interés, por el significado para la práctica jurídica y la guía teoría en la solución de conflictos.

Para el estudio de este recorrido por los más representativos teóricos que han dedicado sus reflexiones a dar justificación a la práctica del control judicial de constitucionalidad de la ley, el que se pretende realizar de manera objetiva descriptiva, se han clasificado tres grandes grupos, que a pesar de su identidad general, presentan matices internos diferenciales, especialmente si hacen prevalecer dentro de la unión dialéctica democracia constitucional, el punto de vista político o el criterio de los derechos.

Por ello, podremos encontrar a autores que pueden ubicarse en uno u otro grupo de acuerdo al criterio que guíe la investigación en concreto.-Para la nuestra, el criterio sería que tan cerca se encuentre su posición respecto de la democracia, del constitucionalismo o una posición intermedia, no importando que defienda aspectos procesales o sustanciales en esa relación.-

Un primer bloque lo integra las tesis de los fundadores del constitucionalismo norteamericano, que se expresa en el Federalista 78, pasando por el primer fallo judicial sobre el reconocimiento del control de constitucionalidad, como lo fue el Marbury vs. Madison y que encontró su máxima expresión en las tesis de Hans Kelsen y el constitucionalismo concentrado de la Constitución de Austria, de la que fue uno de sus precursores.

El núcleo esencial de este grupo descansa en la protección de la autonomía del legislador, la pretendida neutralidad judicial y un procedimiento ajeno al contemplado normativamente. De allí que para este grupo lo defendible es la política legislativa y el predominio en materia de control de constitucionalidad e aquella regulación, lo que niega al Tribunal Constitucional o Corte

Constitucional facultad para reconocer y proteger de manera directa derechos, sino del legislador negativo.-

Incluimos en este grupo a Jürgen Habermas. En Colombia podríamos ubicar en esta posición a Fernando Londoño, pero igualmente y de manera genérica a los críticos de la Corte Constitucional Colombiana.

Un segundo grupo, colocado al extremo opuesto del anterior, centrando como idea esencial en que el control de constitucionalidad debe servir para el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos, entendiendo éstos como conquistas contra las intromisiones del poder público en el núcleo personal de los ciudadanos, más no solo como derechos negativos, sino también como derechos positivos, a exigir las mínimas condiciones de libertad, igualdad, propiedad y dignidad de ese mismo poder, llegando a entender que el control de constitucionalidad puede y debe anular las leyes que desconozcan esos niveles de vida colectivas e individuales. Aquí ubicamos a teóricos como Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli, quienes se ubican en el extremo constitucional de la relación democracia constitucional, al punto que el segundo de los autores citados llama al neo constitucionalismo el constitucionalismo del estado social de derecho. En Colombia podríamos encuadrar en esta posición algunas decisiones de la Corte Constitucional y sus ponentes.

Finalmente, una posición de centro o ecléctica, en la que se ubican aquellos autores que toman de las dos corrientes anteriores y pretenden conseguir una armonización entre los extremos componentes de la democracia constitucional, es decir, sin negar la necesidad de proteger los derechos de los ciudadanos, entendidos estos como derechos positivos, de manera directa y a través del control de constitucionalidad, no niegan que el legislador es quien primariamente tiene la competencia para definir los valores morales que deben guiar la sociedad, teniendo en cuenta los riesgos que implica hacer solo énfasis en uno de los extremos opuestos de la unidad estatal. Es decir, busca este grupo la coordinación entre democracia y constitución, de tal manera que solo la situación concreta permitirá ponderar esos valores en las soluciones concretas. Aquí ubicamos a Carlos Santiago Nino, Luis Prieto Sanchis, John Hart Ely. En el plano colombiano, a Rodrigo Uprimny, Cesar Rodríguez y García Villegas, quienes combinan la deliberación democrática con la protección de los derechos fundamentales autónomos e incluso, cuando su naturaleza lo permite, con los prestacionales.

La presentación de las ideas de cada grupo, como ya se insinuó, se pretende sea de la manera más objetiva posible a fin de ser fiel al pensamiento de los autores referenciados, lo cual, impone recurrir a citas textuales, que se complementarán, en lo posible con las objeciones, que de ser globales sería

mejor, a efecto de evitar el fraccionamiento crítico, que haga perder claridad conceptual al planteamiento que se referencia.

Hoy no hay duda que es aceptado en el mundo, que la democracia constitucional es la mejor forma de organización del estado y que ella implica la combinación de dos tendencias que en la historia se movían de manera separada, incluso geográficamente. La primera, de preferencia norteamericana, de profunda tradición constitucional y de reconocimiento a las garantías judiciales de los derechos por encima de la democracia, que Carlos Santiago Nino describe como de acentuación del elemento de gobierno limitado, de modesta participación popular en las elecciones y sobre todo, cuenta con un poderoso control judicial de constitucionalidad asignado a funcionarios no electos “que están facultados para hacer valer tales derechos al par de los derechos individuales clásicos”.

Y la segunda, de predominante presencia europea, particularmente francés, en donde los gobiernos parlamentarios unifican la representación popular, de “modo que la legitimidad democrática es mayor”²⁶ que la americana, pero en el que es prácticamente ajeno el control constitucional a las decisiones mayoritarias.

Esta muy esquemática presentación de los orígenes históricos de la democracia moderna, pone en evidencia la tensión entre sus extremos, que al tiempo que se oponen, se necesitan conjugar para evitar se destruya el uno al otro, encontrando en cada caso particular el medio justo requerido para cada situación particular.

En unos casos, es necesario hacer énfasis en el elemento democrático, en el elemento político, lo que hace presuponer resuelto o por lo menos estable el problema de los derechos básicos de los ciudadanos, como posiblemente ocurra en los países de alto desarrollo material; y entonces el constitucionalismo se identifica con el estado social.-

En otros eventos habrá de aceptar la necesidad de hacer énfasis al elemento derechos, unas veces por cuanto su desconocimiento es el pan de la cotidianidad o por cuanto el elemento democracia es estable políticamente e incluso económicamente.

Pero en otras oportunidades, dado que se padece de desarrollo en el reconocimiento de derechos pero igualmente de desarrollo de democracia, la solución sería la medianera que exige un fuerte control constitucional de la ley, pero también exigiendo la participación deliberativa de todos los sectores

²⁶ SANTIAGO NINO, Carlos. Fundamentos de Derecho Constitucional. Editorial Astrea, 2ª reimpresión, Buenos Aires, 2002. p. 5.

en la formación de las normas y la voluntad pública, es decir, la situación exige colaboración permanente y complementaria entre la democracia y el constitucionalismo.

En tal situación se encuentran especialmente los países del tercer mundo y particularmente los Latinoamericanos, que jurídicamente justifican tal actitud, como consecuencia histórica de haber generado su democracia constitucional de la mezcla incongruente de las dos tendencias democráticas, que el mismo Nino reconoce que “uno de los efectos de esta combinación es una obvia deficiencia en funcionalidad de los mecanismos gubernamentales latinoamericanos”²⁷.

2.1 Constitucionalismo Débil: H. Kelsen, el Federalista, Marbury Vs. Madison Y J. Habermas

Procedamos al planteamiento del primer grupo dado, que históricamente es el orden en la formación y desarrollo del tema central a estudiar, el control de constitucionalidad judicial y su justificación democrática:

La primera noticia de control constitucional, la doctrina la encuentra en el debate generado en el proceso de constitucionalización de Norteamérica recogido en El Federalista, de A. Hamilton, J. Madison y Jay, particularmente en el escrito numerado 78.- El artículo recoge el tema de la siguiente manera:

La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una constitución limitada. Por constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes ex post facto y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, como deber ha de ser el declarar nulo todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se han con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta.

“El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura con fundamentos en que son contrarios a la

²⁷ NINO, Carlos Santiago. Fundamentos de Derecho Constitucional Astrea 2 reimpresión. Buenos Aires 2002. p.6.

Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansa.

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no solo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben.

No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia debe ser, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superior; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”²⁸.

Lo que la historia no desconoce es que el reconocimiento del control de constitucionalidad judicial encontró en el fallo del caso *Marbury vs. Madison*, proferido por el juez Marshall, radicado 5 US 137, 1803 su máxima expresión y a partir de allí, pasó a ser tenida como una institución de derecho Constitucional.

²⁸ HAMILTON, A., MADISON, J. y Jay “El Federalista 78”. Fondo de cultura económica. México 2001. p. 331.

El fallo en mención se fundamentó en parecidas consideraciones a las expuestas en el Federalista 78 y que Marshall plasmó en los siguientes términos:

“Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema inalterable por medios ordinarios o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierto la primera alternativa, entonces la ley contraria a la Constitución no es ley; sí en cambio, es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo por limitar un poder ilimitable por naturaleza... Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? O bien, en otras palabras, no siendo ley, ¿constituye una norma operativa como una ley válida? Sin lugar a dudas la competencia y la obligación del poder judicial es decidir, qué es ley si dos leyes entran en conflicto entre sí el Tribunal debe decidir a cerca de la validez y aplicabilidad, del mismo modo, cuando una ley esta en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables al caso, de modo que la Corte debe decidir conforme a la ley desechando la Constitución o conforme a la Constitución desechando la ley. La Corte debe determinar cuál de las dos normas en conflicto gobiernan el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren”²⁹.

En la misma línea argumentativa para defender el control constitucional se encuentra Hans Kelsen, que con su concepción de sistema jurídico tiene en la cúspide una norma que además de ser su cierre, constituye el presupuesto de validez y eficacia de las normas de inferior categoría. El autor, en su texto *La Teoría Pura del Derecho*, expresa:

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de la pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

²⁹ NINO, Carlos Santiago. Fundamentos de derecho constitucional. Op. Cit., p. 664.

“Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de ese orden. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación- y por consiguiente la validez- de una norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto... podemos describir esquemáticamente subestructura de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido el grado superior del derecho positivo es la Constitución, entendido en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar lo órganos de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación”³⁰.

Este argumento de sistema jurídico jerarquizado, que coloca a la Constitución como norma cúspide presupone, con criterio de necesidad lógica, el control de constitucionalidad, que el profesor Vienés estableció en el Tribunal Constitucional y que esclareció en su debate con Carl Schmit, quien defendía la tesis de que el guardián de la Constitución debía estar ubicado en el ejecutivo. Y tal jerarquización, al imponer la nulidad de la norma inferior que desconozca una superior exige de un instituto para tal efecto, lo cual sería el control de constitucionalidad, por lo que para los defensores de este grupo de doctrinantes cuando no se admite la jerarquía normativa la Constitución es una mera declaración política.-

El doctor Rodrigo Uprimny, en su estudio sobre “Justicia Constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC”, critica estas justificaciones clásicas del control de constitucionalidad, al expresar que “un examen crítico muestra que esas justificaciones clásicas son insuficientes. Así, el argumento sobre la fuerza

³⁰ KELSEN, Hans. La Teoría Pura del Derecho editorial reflexiones. Bogotá, 1953. p. 135 y 148.

normativa de la Constitución y su supremacía no resuelve el problema sino que simplemente lo desplaza, pues inevitablemente surgen nuevos interrogantes: ¿Por qué las Constituciones tienen que tener una fuerza normativa y por qué tienen que tener una fuerza normativa superior a las leyes? ¿No es acaso más democrático considerarlas simplemente documentos políticos que guían la acción de los órganos políticos, a fin de permitir que las mayorías puedan gobernar sin ataduras?³¹

A su vez el profesor Uprimny critica la tesis Federalista, expresando que la idea de que el juez constitucional al efectuar el control de constitucionalidad se limita a reconocer la intención actual o del momento de emitir dicha constitución, por cuanto:

i) No es históricamente claro que las asambleas que hacen las constituciones sean más democráticas que los congresos que hacen las leyes, ni existe ningún mecanismo que permita concluir que en estas asambleas se manifiesta el pueblo, mientras que en las legislaturas operan únicamente sus representantes; ii) incluso si aceptamos que la constitución efectivamente fue obra del pueblo (por ejemplo porque fue aprobada por un referéndum) ¿Cuál es la razón para que generaciones posteriores deban ajustarse a los mandatos de una constitución que no tuvieron la oportunidad de aprobar? iii) la tesis de Hamilton supone que una constitución tiene un sentido inequívoco y no está sujeta a controversias, pues si el texto implica debates hermenéuticos, y existen interpretaciones disímiles y contradictorias sobre su alcance, como suele suceder, entonces resulta difícil sostener que el tribunal constitucional lo único que hace es ejecutar la voluntad popular constituyente.³²

Finalmente, incluimos en este primer grupo de teóricos justificantes de la labor de los Tribunales o Cortes Constitucionales y particularmente del control constitucional a uno de los más influyentes pensadores del día, en el campo político y jurídico, como lo es Jürgen Habermas.

Habermas estudia la justicia constitucional desde tres ángulos:

1. Desde el punto de vista de la competencia o división de poderes.
2. Desde el punto de vista del contenido o auto comprensión que tiene el Tribunal Constitucional de su propia competencia y métodos por ellos utilizados.
3. Desde el ángulo de la democracia.

³¹ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Justicia Constitucional: Derechos Sociales, Económicos y Culturales y una discusión de las sentencias del UPAC En: Revista Pensamiento Jurídico N° 13 Facultad de Derecho Universidad Nacional. p. 164.

³² Ibid. p. 164.

En el primer aspecto, Habermas estudia la competencia del Tribunal Constitucional respecto de las tres (3) principales acciones que tiene en su conocimiento: La acción de amparo, los conflictos entre órganos estatales y el control abstracto de las leyes.

Respecto de las tres acciones y de la jurisdicción constitucional, en general, Habermas, expresa que deben “converger en la tarea de decidir en última instancia cuestiones de interpretación de la Constitución y, por tanto, en mantener la coherencia del orden jurídico”³³. Pero a su vez, diferencia el contenido que cada

uno de ellas debe tener y que el Tribunal debe respetar, expresando que en cuanto las dos primeras el Tribunal Constitucional actúa en el sentido de una “unificación y coherentización del derecho”, es decir, debe actuar “algo así como la cúspide reflexiva que se encarga de las tareas de autocontrol”³⁴, limitándose entonces a respetar el sistema normativo y la subsunción como método de solución. En este punto disputa Habermas con Robert Alexy quien opina que incluso en estas acciones debe el Tribunal Constitucional hacer prevalecer los derechos fundamentales por sobre el legalismo parlamentario.

Por el contrario, Habermas, al estudiar el control abstracto de constitucionalidad, muestra discrepancia con el método empleado por el Tribunal y Alexy en el sentido de que hacen prevalecer en tal revisión los derechos fundamentales o teoría de los valores, los cuales, consideran como “preordenados a ese procedimiento (legislativo) y por encima de él”³⁵, para concluir que “en sus decisiones el Tribunal Constitucional Alemán califica por eso a los derechos fundamentales de principios de un orden jurídico global, cuyo contenido normativo estructura al sistema de reglas en su conjunto”³⁶. De lo anterior concluye Habermas, que bajo la teoría de los valores, el Tribunal Constitucional, se “Transforma así en una instancia autoritaria, al haber de dejarse guiar por la idea de realización de unos valores materiales que vendrían previamente dados en términos de derecho constitucional. Pues, si en caso de colisión todas las razones pueden cobrar el carácter de argumentos concernientes a fines, desaparecen esos cortafuegos que con la comprensión deontológico de las normas y principios judiciales quedan introducidas en el discurso jurídico”³⁷.

Condenando esta competencia del Tribunal, Habermas, no puede llegar a otra conclusión, cual es, considerar que lo lógico es ubicar esta función de

³³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trota. 2000. p. 316.

³⁴ *Ibid.*, p. 313.

³⁵ *Ibid.*, p. 315.

³⁶ *Ibid.*, p. 320.

³⁷ *Ibid.*, p. 332.

control abstracto de la ley, como un ítem productivo de la ley, como un Tribunal o comisión del propio legislativo, como autocontrol del legislador, “organizando tal autocontrol a modo de Tribunal, e institucionalizándolo por ejemplo, en una comisión parlamentaria compuesta también por profesionales del derecho”³⁸, lo que “contribuiría quizás a aumentar la racionalidad del proceso de producción legislativa”³⁹.

Es este un aspecto en que es criticado Habermas, como por ejemplo Prieto Sanchis considera que el mismo autor alemán no da explicaciones de por qué esa cámara de revisión legislativa garantiza la racionalidad de la ley, cuando lo ordinario es que en dicho proceso ha de prevalecer el acuerdo, la componenda de intereses, además de ver en ello algo de compromiso con el legislador y de identidad con las tesis Kelsenianas⁴⁰. Y el Doctor Carlos Pulido llama a esta diferenciación Habermasiana de “sorprendente”⁴¹.

Habermas en un segundo segmento argumentativo entró a estudiar cuál debe ser el método a utilizar la Corte Constitucional para desatar las controversias planteadas en el control abstracto de ley. Y de inmediato, luego de criticar la teoría de los derechos fundamentales, la teoría de los valores y orientaciones teleológicas en general, critica ferozmente la ponderación de principios y bienes como la forma correcta de resolver conflictos entre derechos, la cual, identifica con la creación de derechos, arbitraria y conduce a la tiranía, convirtiendo a los jueces constitucionales en “negociadores de valores”, dado que “en la medida en que el Tribunal Constitucional adopta la teoría de los valores o “teoría del orden valorativo” y la pone a la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobra primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos”⁴².

Defiende Habermas el punto de vista de que los jueces constitucionales deben limitarse a los argumentos normativos orientados y limitados por los principios del sistema, que tiene un alcance deontológico, criticando la actitud del Tribunal Alemán que al aplicar la teoría de valores y la ponderación rompe el sistema dándole cabida a criterios teleológicos, con lo cual invade la orbita de competencia del legislador, destruyendo la coherencia de la seguridad que brindan las normas. En fin Habermas, exige del operador judicial una actividad que se oriente hacia “hallar entre las normas aplicables prima facie, aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación,

³⁸ *Ibíd.*, p. 314.

³⁹ *Ibíd.*, p. 314.

⁴⁰ PRIETO SANCHIS, Luis. Tribunal Constitucional y Positivismo. p.4.

⁴¹ BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los Derechos. p. 18.

⁴² HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Madrid: Editorial Trotá. 2000. p. 332.

descrita en la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes”⁴³.

Criticando este coherentismo Habermasiano, Prieto Sanchis expresa que es difícil defender “en el marco de constituciones pluralistas dotadas de principios y derechos tendencialmente contradictorios, que plantean así mismo dificultades ante los fenómenos de indeterminación y que a la postre conduce a una extensión de las potestades normativas de limitación”⁴⁴, dado que es desbordado por el propio desarrollo constitucional y la práctica de los diversos Tribunales, como de las transformaciones que ha sufrido la teoría política y jurídica.

Estos dos acápites dejan un sabor de un Habermas sino contrario a la justicia constitucional de nuevo tipo, por lo menos se presenta ante ella como escéptico, no muy convencido de las bondades de una teoría y práctica basada en el reconocimiento de derechos fundamentales y de garantías para su protección directa, sino que se inclina por un legalismo democrático. He aquí una primera caracterización de la posición estudiada.

Entonces Habermas no da cabida al Juez Constitucional en su teoría política jurídica?.

La respuesta es afirmativa, pero lo ubica más en el campo de funcionamiento de la democracia, en el sentido que el juez constitucional debe participar y ayudar decididamente a la formación de la opinión pública democrática.-

Habermas luego de contraponer a la democracia liberal la democracia republicana, apoyado en las tesis de Ely, concluye que en la segunda, el Tribunal Constitucional “solo puede conservar su imparcialidad si resiste a la tentación de cubrir su ámbito de interpretación con juicios valorativos de tipo moral”⁴⁵, y si el Estado tiene como objetivo establecer “la garantía que ofrece de un proceso exclusivo de formación de la opinión y la voluntad en el que sujetos iguales y libres se entienden acerca de que objetivos y normas son en interés común de todos”⁴⁶, por lo que “el Tribunal Constitucional ha de operar dentro del marco de sus competencias en el sentido de que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una política deliberativa, que son las que fundan legitimidad”⁴⁷.

⁴³ *Ibíd.* p. 333.

⁴⁴ PRIETO. *Op. Cit.*, p.6.

⁴⁵ HABERMAS, *Op. Cit.*, p.338.

⁴⁶ *Ibíd.* p. 344.

⁴⁷ *Ibíd.* p. 348.

Siguiendo los planteamientos de Frank I. Michelman, Habermas define la política republicana como aquella:

“Que no se refiere a los derechos estatalmente garantizados de las personas privadas a la vida, a la libertad y a la propiedad, sino ante todo a la practica de la autodeterminación de ciudadanos orientados al bien común, que se entienden así mismo como miembros iguales y libres de una comunidad de cooperación que se administra así misma. El derecho y la ley son secundarios frente al contexto de vida ético de una polis en la que puede desarrollarse y estabilizarse la virtud de la participación activa en los asuntos públicos. Solo en esta práctica ciudadana puede el hombre realizar el telos de su especie⁴⁸.

Por lo que el autor en estudio parte de un análisis del concepto normativo de democracia republicana para concebir el control constitucional abstracto como instrumento dentro de ella, dado que:

“La política se entiende como forma de reflexión de un contexto de vida ético, como el medio en el que los miembros de comunidades solidarias más o menos cuasinaturales se percatan de su mutua dependencia y, como ciudadanos, desarrollan y configuran con voluntad y conciencia las relaciones de reconocimiento reciproco, con las que se encuentran, convirtiéndolas en la asociación de miembros iguales y libres en que consiste la comunidad jurídica⁴⁹.

Fácil es deducir que para Habermas “la justificación de la existencia del Estado no radica primariamente en la protección de iguales derechos subjetivos, sino en la garantía que ofrece de un proceso inclusivo de formación de la opinión y la voluntad, en el que sujetos iguales y libres se entienden acerca de qué objetivos y normas son de interés común de todos⁵⁰. Todo ello para concluir que el republicanismo “liga la legitimidad de las leyes al procedimiento democrático de su génesis y protege así la conexión interna que se da entre la practica de aclarar esta palabra autodeterminación del pueblo y la dominación impersonal de las leyes”, formación que no corresponde a la estructura del mercado, como en la democracia liberal, sino a las estructuras de una comunicación pública orientada en el sentido de la práctica de la autodeterminación ciudadana.

⁴⁸ *Ibíd.* p. 341.

⁴⁹ *Ibíd.* p. 342.

⁵⁰ *Ibíd.* p. 344.

Esta deliberación debe entenderse en el sentido y alcance de que las decisiones deben tomarse con participación de todos los afectados con ella e incluso “hacer presentes en la doctrina legal las voces, ausentes hasta ahora, de grupos sociales que empiezan a cobrar conciencia de sí”⁵¹. Así mismo, como “es un intercambio de puntos de vistas, efectuado de buena fe, que incluye las versiones de los propios participantes a cerca de cómo entienden sus respectivos intereses vitales.”

Dentro de este marco deliberativo es que entiende el profesor alemán el papel que debe jugar el Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, por lo que “ha de operar dentro del marco de sus competencias en el sentido que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una política deliberativa, que son las que fundan legitimidad” y siguiendo a Michelman, describe el proceso democrático de formación de la norma, en los siguientes términos:

“La plena lección del movimiento de los derechos civiles escapará a todo aquel que se centre demasiado en las asambleas más visibles del país, en las formalmente legislativas, es decir, en el “Congreso”, en los parlamentos de los “Estados”, y en los “consejos” de las ciudades principales, considerándolas como las esferas exclusivas e incluso primarias de producción política del derecho y de ejercicio de la libertad política. No quiero decir que esas esferas sean prescindibles o que carezcan de importancia. Lo que quiero decir es algo que es obvio, a saber, que buena parte del dialogo que con consecuencias normativa se produce en el país, ocurre fuera de esos principales canales formales de política electoral y política legislativa y que es posible que en las sociedades modernas esos canales formales no puedan ofrecer a buena parte de los ciudadanos demasiada experiencia directa de lo que son un compromiso y una implicación auto revisionista, dialógica. Buena parte, quizás la mayor parte de esas experiencias tiene que ocurrir en las múltiples esferas de lo que conocemos como vida pública en sentido lato, algunas de las cuales son nominalmente políticas y otras no. En los encuentros, choques y conflictos, en las interacciones, y debates que se producen en y en torno a las asambleas locales y en los organismos de los gobiernos locales; en las asociaciones cívicas y voluntarias; en los clubes sociales y recreativos; en las escuelas publicas y privadas; en los órganos de gobierno y en las cúpulas directivas de los organismos de todo tipo; en los puestos de trabajo y en los

⁵¹ *Ibid.* p. 349.

locales de las tiendas; en los eventos públicos y en la vida de la calle... La comprensión del mundo social que resulta de, y a la que se da forma en, encuentros e intercambios diarios de la sociedad civil en conjunto se transporta, por su puesto, a nuestras esferas representativas...y, por tanto, deben figurar entre las fuentes y canales de autogobierno republicano y de la política generadora de derechos⁵².

Un proceso de formación de la opinión y voluntad como el descrito ha de tener en la sociedad moderna grandes y complejos enemigos, especialmente la automatización de la burocracia, quien tendría la tarea de estimular el debate deliberativo, pero, además y principalmente la existencia y control de la sociedad de parte de grupos de poder político y económico que pulsan por el control y dirección del Estado, en franca competencia con él o conjugado con él, los cuales desvían u obstruyen los canales de diálogo y formación de la opinión pública y la voluntad general.

Y precisamente para evitar esa malformación de opinión que requiere la democracia deliberativa los Tribunales o Cortes Constitucionales deben formar parte del frente contra esa desviación antidemocrática de monopolización del poder, como efectivo órgano de poder limitante del diálogo, por lo que se les obliga a revisar todo el proceso de formación normativo a efecto de constatar si se ha llevado a cabo el análisis racional del tema, requiriendo en caso contrario, ese análisis razonado, en fin, su tarea se concreta en la “cuestión de si en la decisión legislativa han resultado determinantes razones defendibles públicamente o intereses privados que no pueden declararse en el marco de las discusiones parlamentarias”⁵³.

Pero, ¿hasta dónde permite Habermas la competencia de control constitucional del proceso de formación normativo? Solamente desde la orbita procedimental, no siendo admisible que el Tribunal o Corte Constitucional se inmiscuya en lo sustantivo o de valores, habida cuenta que ese ámbito lo entiende como de exclusivo resorte del legislativo, dado que “el Tribunal no puede atribuirse frente al legislador el papel de un crítico ideológico; pues está expuesto a las mismas sospechas de ideología y no puede pretender estar ocupando un lugar neutral fuera del proceso político”⁵⁴.

Bajo el influjo de las anteriores premisas, Habermas respecto del punto estudiado, es decir del control de constitucionalidad y la democracia, parte que los derechos solo lo reconoce el legislador, dándole al juez

⁵² HABERMAS. Op. cit p. 349.

⁵³ Ibid. p. 350.

⁵⁴ Ibid. p. 351.

constitucional exclusivamente el ámbito de aplicación de la ley que establecen esos derechos, entendiendo que ésta se formó respetando el debate deliberativo antes descrito.

Por lo que:

“Un Tribunal Constitucional que se deje guiar por una comprensión procedimentalista de la constitución no necesita ir más allá del crédito o <cuenta corriente> de legitimación de que dispone, y puede moverse dentro de las competencias de aplicación del derecho – claramente determinadas en términos de lógica de la argumentación, si el proceso democrático, al que ese Tribunal tiene el encargo de proteger, no es descrito como un estado de excepción” y finalmente remata su pensamiento en cuanto el tema expresando de que “la discusión acerca del activismo o del self-restraint del Tribunal Constitucional en abstracto no puede efectuarse. Si se entiende la Constitución como interpretación y configuración de un sistema de derechos mediante el que se hace valer la conexión interna de autonomía pública y autonomía privada, una jurisprudencia constitucional ofensiva no solo no resultará perjudicial en los casos en los que se trate de hacer valer el procedimiento democrático y la forma deliberativa de formación de la opinión y de la voluntad política, sino que incluso viene normativamente exigida. Sin embargo, tenemos que liberar el concepto de política deliberativa de connotaciones que exijan demasiado de él o le imponga excesiva carga, pues tales connotaciones someterían al Tribunal Constitucional a la coerción de estar permanentemente definiendo y decidiendo. El Tribunal Constitucional no puede adoptar el papel de un regente que ocupa el lugar del sucesor en el trono ante la minoría de edad de éste. Bajo el ojo crítico de un espacio público –jurídico politizado- el de una ciudadanía ya adulta y convertida <en comunidad de interpretes de la Constitución>- el Tribunal Constitucional puede adoptar a lo sumo el papel de tutor”⁵⁵.

Siendo así, no queda duda que Habermas subsume el papel del Tribunal Constitucional en la normativa general de democracia, lo que hace prácticamente que en la democracia constitucional, este segundo elemento es en extremo disminuido, que ha llevado a autores a considerar que Habermas solo reconoce un constitucionalismo débil y un control de

⁵⁵ Ibid. p. 354.

constitucionalidad de los derechos casi inexistente. Pero, frente al estudio planteado, es evidente que si bien es cierto, la tendencia y la generalidad de la doctrina acepta el control judicial de constitucionalidad, el planteamiento habermasiano es de obligatorio cuestionamiento, lo que obliga a ser o pretender ser lo más apegado a su fundamentación, reflejándose ello en la extensa cita del texto del autor alemán. Además porque la corriente que denominamos intermedia se identifica con este pensador en el aspecto deliberativo de la democracia como método de formación de la voluntad colectiva.

Entonces, para el autor estudiado, ¿dónde quedan los derechos fundamentales y como se garantizan? Tal aspecto lo explica Gerardo Durango Álvarez, en su texto *Derechos Fundamentales y Democracia Deliberativa*, de la siguiente forma:

“Habermas ha esquematizado una propuesta coherente sobre los derechos fundamentales, derivándolos de la génesis lógica de los derechos. En su propuesta, los derechos fundamentales tienden necesariamente a asegurar tanto la autonomía privada como pública de los miembros que forman parte de la comunidad jurídica. Se analizará ahora la forma como adquieren su especificación –eficacia al caso concreto después de haber pasado por el filtro de la discusión pública y haberse institucionalizado correctamente por medio del procedimiento democrático de fundamentación de normas.

Las normas en su aplicación al caso concreto, retomada de forma imparcial por los jueces en general, necesitan ser garantizadas en los procesos discursivos y ratificadas por el legislativo y por el sistema judicial. Esto es, se inquiera para su aplicación correcta de las normas que han devenido válidas desde el sistema jurídico. El Tribunal Constitucional, en la propuesta habermasiana, es fundamental para la protección de los derechos fundamentales. Pero también lo son, como se ha visto, el legislador, la administración y todos los subsistemas encargados de la generación del derecho. Por consiguiente, con el fin de preservar la coherencia del sistema jurídico, Habermas opta por darle prelación al sistema judicial, cuando aplica las normas que han de pretender ser justas -la validez está dada en el momento de justificación- y coherentes con el sistema jurídico legítimo que ha venido regulado por el procedimiento democrático y por el paradigma discursivo del derecho. Como lo manifiesta el autor, “en todo caso, la jurisprudencia constitucional que parte del caso particular, se

restringe a la aplicación de normas (constitucionales) que se presuponen válidas; por eso, la distinción entre discursos de fundamentación de normas y discurso de aplicación de normas, sigue ofreciendo un criterio de deslinde (articulado en términos de lógica de la argumentación) de las tareas que legítimamente pueden cumplir la justicia y el poder legislativo⁵⁶.

Muchos autores han estudiado, para defender o criticar la posición Habermasiana sobre la justicia constitucional entre quienes consultamos a Carlos Bernal Pulido y su texto “El derecho de los derechos”⁵⁷, Roberto Gargarella con “La justicia frente al Gobierno”⁵⁸; Luis Prieto Sanchis, en el artículo “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”⁵⁹ y su texto Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales Carlos Flores Juberías y Mercedes Torres Pérez con su artículo “los Tribunales Constitucionales y su papel en la protección de los Derechos Fundamentales en las nuevas democracias de las Europa Central y Oriental”⁶⁰, el Capítulo 5 del libro La Argumentación Como Derecho del autor mexicano⁶¹, Cárdenas García Jaime.-

Una crítica global a las posiciones expuestas por Habermas, le hace el tratadista Luis Prieto Sanchis, quien expresa que el autor alemán:

“Parece abogar por un sistema de justicia constitucional distinto al que hoy conocemos, tanto en Europa como en Estados Unidos porque, efectivamente, de un lado se muestra un firme partidario de que el control abstracto de las leyes no salga de los confines del legislativo; únicamente in extremis parece aceptar un esquema de Tribunal Constitucional, si bien subrayando que en ese caso la revisión judicial <solo conduzca al rechazo de normas, pero no a encargos al legislador, razones pragmáticas y de política jurídica>.

De otra parte, por lo que se refiere al <control concreto> a través del recurso de amparo o de la cuestión incidental, Habermas propone renunciar a la más poderosa técnica hoy utilizada en defensa de los derechos fundamentales y de los principios materiales de la Constitución para confiar dicha tarea a un Tribunal concebido más bien como la cúspide de la justicia

⁵⁶ DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo. Derechos Fundamentales y Democracia Deliberativa. P. 110.

⁵⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de Los Derechos. Externado de Colombia 2005.

⁵⁸ GARGARELLA, Roberto. La Justicia Frente al Gobierno. Barcelona: Editorial Ariel. 1996.

⁵⁹ PRIETO SANCHIS, Luis. Tribunal Constitucional y Positivismo 2000 Jurídico .Artículo tomado de Internet. El autor remite para más referencias sobre el tema a su texto Constitucionalismo y Positivismo Fontanarrosa. México, 1997

⁶⁰ FLOREZ J., Carlos. y TORRES PÉREZ, Mercedes. Los Tribunales Constitucionales y la Protección de los Derechos Fundamentales.

⁶¹ CÁRDENAS GARCÍA, Jaime. La Argumentación como Derecho. México.2002.

ordinaria que se encarga de la <unificación y coherentización del derecho> en términos de una teoría de la interpretación guiada por el respeto a la ley y por la búsqueda de la famosa unidad de solución correcta. Finalmente, coronando todo el sistema, la atribución a la justicia constitucional de una función rigurosamente circunscrita al mantenimiento de los cauces participativos y de las reglas de formación de la voluntad legislativa, sin penetrar nunca en el recinto de los contenidos normativos a través de argumentos valorativos. En suma, un modelo de justicia constitucional <autocontenido> que, salvo algunas distancias, recuerda al propuesto por Kelsen y que seguramente responde en parte a una preocupación análoga, que es preservar la autonomía política del legislador⁶².

Aunque no es común colocar a Habermas con Kelsen en lo referente a temas constitucionales, en este caso se han agrupado por cuanto se identifican con el constitucionalismo débil que defiende, pero especialmente en este caso estudiado, por cuanto el autor alemán asume una posición de énfasis del elemento democracia frente al constitucional, que es el aspecto identificante de este grupo.

2.2 Constitucionalismo Fuerte o Constitucionalismo de los Derechos

Este grupo de teóricos, que como se ha expresado, se identifican en que la Constitución es más que todo una carta de navegación que impone a la administración pública, como al legislador, especialmente a éste, límites que escapen al principio democrático de las mayorías, constituyendo los derechos fundamentales. Pero además del reconocimiento de esos derechos, defienden su aplicación directa.

Entre sus más representativos expositores se encuentra Dworkin, Ferrajoli y Gustav Zagrebelsky, el primero con las tesis expuestas en sus textos *Los Derechos en Serio* y *el Imperio de la Justicia*; el segundo en *Derecho y Razón* y el tercero en *El Derecho Dúctil*, además de todo un conjunto de autores que de una u otra forma hacen énfasis en el elemento constitucional, liberal, integrante de la unidad que hemos llamado y conocida en la teoría política como *democracia constitucional*, lógicamente con sus diferencias de matices argumentativos .

⁶² SANCHIS PRIETO, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid : Editorial Trotta. 2003. p. 162.

Para este grupo cuando se presentan tensiones entre democracia y derechos constitucionales, por lo general, debe ceder la democracia para darle plena aplicación a los derechos. Y para garantizar que la mayoría democrática, representada en el parlamento no desconozca aquellos derechos, se requiere de la institución del control constitucional, el cual, debe estar radicado en cabeza de la rama judicial.-

Al interior de este grupo es donde se han sentido con mayor rigor los subgrupos, teniendo como criterio identificador el punto de vista; radicalmente por unos o medianamente por otros; de la defensa y aplicación prevalente de los derechos respecto de la democracia.-

En su descripción general, podríamos, siguiendo a Juan Carlos Bayón⁶³, hacer la siguiente presentación:

En la filosofía moral y política contemporánea la idea de derechos básicos o fundamentales suele definirse a partir de la concurrencia de dos rasgos. Se entiende, en primer lugar que los derechos básicos son límites a la adopción de políticas basadas en cálculos costo-beneficio, lo que es tanto como decir que esos derechos atrincheran ciertos bienes que se considera que deben asegurarse incondicionalmente para cada individuo, imponiéndolos a resguardo de eventuales sacrificios basados en consideraciones agregativas. En segundo lugar, suele entenderse que los derechos básicos constituyen límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones por mayoría, esto es, que delimitan el perímetro de lo que la mayoría no deben decidir, sirviendo por tanto frente a éstas.

Utilizando la ya célebre expresión de Dworkin- como vetos o carta de triunfo. Ciertamente las concepciones de la justicia que asignan un papel central a la idea de derechos básicos pueden invocar fundamentos muy diversos y postular contenidos dispares; pero todas ellas tendrán en común la específica configuración estructural resultante de los rasgos mencionados, que suele resumirse diciendo que los derechos básicos retiran ciertos temas de la agenda política ordinaria para emplazarlos en esa esfera intangible a la que Ernesto Garzón ha llamado <coto vedado>.

Más adelante y precisando el específico punto que interesa a esta investigación, el mismo autor precisa que:

⁶³ BAYON, Juan Carlos. Derechos, Democracia y Constitución. Universidad Autónoma de Madrid. p. 1.

... en general suele pensarse que el diseño institucional requerido por la tesis del coto vedado es el que resulta de la combinación de dos piezas maestras: la primacía de una constitución que incluya un catálogo de derechos básicos y la existencia de un mecanismo de control de constitucionalidad de la legislación ordinaria. En cuanto a la primera, la idea aparentemente obvia consiste en que la traducción en términos de técnicas jurídica del ideal de coto vedado no podría ser sino el emplazamiento de los derechos básicos a una constitución rígida, ya que es la previsión de un procedimiento de reforma de la constitución más exigente que el procedimiento legislativo ordinario la que determina su superioridad jerárquica respecto a la ley y por tanto la indisponibilidad de los derechos básicos para el legislador. En cuanto al segundo de los ingredientes mencionados, aunque la primacía de la constitución es conceptualmente independiente de la existencia de un mecanismo de control de constitucionalidad de la legislación ordinaria, suele darse por sentado que éste es, en la práctica, el instrumento necesario sin el cual aquélla carecería de garantías efectivas.⁶⁴

Efectivamente se tiene que aceptar que el reconocimiento, en la Constitución, de los derechos fundamentales, constituye un límite a la regla de la mayoría, por cuanto que a través de ello se emite el mensaje al legislador que este es un área que tiene prohibido desconocer. Pero, como lo expresa Carlos Santiago Nino:

“Esto de ningún modo se infiere que los derechos constituyan barreras contra las decisiones mayoritarias. No hay ninguna contradicción lógica en sostener que la única autoridad encargada de reconocer derechos es la de origen mayoritario. Por supuesto, alguien podría sostener que las decisiones mayoritarias van a beneficiar a los intereses de la mayoría, pero esta es una cuestión moral y fáctica y no está impuesta por la lógica del concepto de derecho... Es perfectamente concebible, por objetable que pudiera ser por otras razones, un sistema jurídico que reconociera derechos individuales, aunque su protección sólo quedara en manos de la mayoría a través del proceso democrático y no hubiera revisión judicial de sus decisiones.⁶⁵

⁶⁴ *Ibíd.* p. 1-2.

⁶⁵ NINO, Carlos S. *La Constitución de la democracia deliberativa*. p. 270.

Luego del hecho de que en las Constituciones se reconozcan unos derechos básicos, con efectos no solo negativo sino también positivo para garantizar las mínimas condiciones de desarrollo personal de la ciudadanía, no se desprende con necesaria lógica que la única forma de garantizar su cumplimiento sea a través del control judicial de constitucionalidad y derogante de los mandatos democráticos sin límites, dado que tal orientación excluye y no tiene en cuenta el valor democracia, que como se supone forma parte de la unidad de opuestos llamada democracia constitucional, porque ella constituiría una propuesta de choque, de mayor tensión y no de solución del llamado por Bickel problema contramayoritario.

Por tanto, constituye ésta una propuesta que justifica el control constitucional desde dentro del propio constitucionalismo, más no desde un valor proveniente de su contrario, la democracia, lo cual no contribuye a la unidad sino a la tensión, por lo que podríamos llamar tesis disolvente y no resolvente de la contraposición estudiada. Es en consecuencia una justificación del control de constitucionalidad proveniente desde fuera de la democracia.-

Consciente de lo anterior, pero siguiendo la línea de encontrar la justificación del control judicial de constitucionalidad en la propia Constitución, en el propio derecho y en el aporte de este a la unidad mayor, Ronald Dworkin plantea su integración del sistema de derecho en tres ámbitos: las políticas, los principios y las reglas, con las que responde a las tesis positivistas de Hart que entiende el derecho solo integrado finalmente por reglas.

Dworkin al proponer esa tripartita integración del derecho, expresa que el área de las políticas es un campo propio de la democracia, exclusivo de ella y en donde los derechos individuales nada tienen que hacer a través del control de constitucionalidad. Por el contrario, el constitucionalismo ha de encargarse de los principios o derechos, campo en el cual, la democracia no debe introducirse, que de hacerlo, genera el control constitucional de la ley.-

¿Qué valor agregado le coloca los principios a las políticas públicas? A su vez, ¿qué valor agregado le coloca las políticas públicas a los principios? He ahí el cuestionamiento a que nos conduce esta teoría integracionista del derecho, que por ser tal no puede resolver adecuadamente la misma, dado que en la práctica, siendo los principios los que irrigan la totalidad del derecho y estos son cartas de triunfo sobre la política democrática, inevitablemente ellas deben ceder en toda circunstancia. Luego, establecer hasta donde llega uno y donde inicia lo otro, no es resuelto por este grupo de doctrinantes.-

Los derechos efectivamente tienen lo que podríamos llamar un núcleo liberal o constitucional, pero en su desarrollo, en su realización concreta requieren de presupuestos, condiciones, complementaciones, que se alejan de ese

núcleo en la medida de su satisfacción más plena posible, lo cual llamó Alexy, derechos de prima facie. Pues bien, en ese desarrollo es imposible separar las condiciones, que son de políticas pública del derecho mismo, dado sus interrelaciones múltiples y desiguales en cada lugar y tiempo .En consecuencia la división es insostenible por la irradiación de los derechos, incluso sobre las políticas públicas y éstas a su vez sobre los derechos haciendo pragmáticamente imposible todo intento de parcelación de áreas entre opuestos profundamente interrelacionados.

Esta tesis de justificación del control judicial de constitucionalidad en su aplicación práctica, como se ha expresado, conduce a que se desconozca su opuesto, se acentúe la tensión, dado que su expresión judicial es el impartir ordenes a la democracia, crear mandatos, suplantar el ámbito de competencias, derogar disposiciones, derogar regulaciones en nombre y superioridad de los derechos constitucionales, pero que en esencia es desconocer su opuesto pero compañero integrante de la democracia constitucional. Es decir, nada le agrega a la democracia para su mejoría, perfeccionamiento y desarrollo integral, sino que agudiza la tensión y debilita el propio desarrollo de los derechos que dice defender porque las condiciones a la plenitud de esos derechos devienen de la colaboración de la democracia. Por ello, algunos llaman a esta corriente la idealista de los derechos, por cuanto hace abstracción de las condiciones concretas de la democracia.

Pero podría darse dentro de esta concepción la que privilegia no el desarrollo de los principios sino el de las políticas públicas y entonces los efectos son los contrarios: la democracia atrofia los derechos y el constitucionalismo, conduciendo a éste a la posición del primer grupo desde los hechos y manteniendo solo formalmente un punto de vista constitucional. Es el caso del constitucionalismo que encuentra su realización sustancial a través del desarrollo legal de los derechos fundamentales y a través de él.-

Como se verá en capítulos posteriores, esta es la posición a que la Corte Constitucional Colombiana, como del derecho comparado, han recurrido en su actividad judicial generando disgustos y choques entre democracia y constitucionalismo que en nada sirven ni a los derechos ni a la democracia. Lo razonable es abandonar el modo de actuar que busca la justificación de los derechos en los derechos y de la democracia en la democracia, para asumir la búsqueda de qué hay de democrático en el constitucionalismo y que hay de constitucional en la democracia, de manera que la tensión no siga creciendo en deterioro de los dos extremos, sino que fluya hacia el fortalecimiento del campo de la unidad, de desarrollo del núcleo del derecho pero también al fortalecimiento de las condiciones-presupuestos de ese derecho, en fin que nos orientemos al campo de la democracia constitucional y no a uno de los extremos.

2.3 Tercer Grupo de Teóricos Justificantes del Control de Constitucionalidad, Integrado por Carlos Santiago Nino, John Hart Ely, Luis Prieto Sanchis y Otros

Parten de reconocer la existencia de dos extremos excluyentes pero necesarios en la formación de la unidad superior que ha llamado la doctrina constitucional y política, democracia constitucional. Cada uno de esos extremos, por ser extremo constituye en sí mismo una unidad o todo con sus propios presupuestos de existencia y validez, que no requieren para tal de la necesaria colaboración del otro. Así la historia lo ha demostrado hasta la saciedad, cuando en diversos episodios del desarrollo político de la humanidad ha existido democracia sin constitucionalismo y más modernamente la existencia de constitucionalismo sin el acompañamiento de la democracia.

De suyo es fácil deducir que tienen, tanto la democracia como el constitucionalismo su ámbito propio, pero que la modernidad ha ido imponiendo la unión de ellos para establecer una forma de distribución del poder, su organización y reglas de juego estatal-sociedad, que ha sido reconocido como la forma de convivencia más aceptada en el universo presente. Pero, ello no puede llevarnos a considerar que tal decisión político-histórica ha eliminado la existencia de los dos extremos y que dada la unidad entre ellos, las diferencias, competencias y anhelos individuales han desaparecido.- Por el contrario, esa unidad hace presuponer que han de existir momentos de su desarrollo que una pretenderá aniquilar al otro, que serían los instantes de grave tensión o predominio de uno sobre el otro, resolviéndose lo primero con los golpes de estado o las revoluciones y la segunda mediante la armonía institucional, todo ello bajo la regla que los momentos de tranquilidad, equilibrio entre contrarios, son momentáneos y muy temporales.

Así entendemos el por qué en materia de control de constitucionalidad se ponen en tensión los extremos, dado que es un instrumento de control de la democracia de parte del constitucionalismo, que ejercido desde el ángulo del primer grupo sirva mas a la democracia, dado su protección fundamental a la autonomía política del legislador y desde el ángulo de los derechos sirva al extremo constitucionalismo, dado que deslegitima políticamente al legislador al anular sus decisiones consideradas contrarias a los derechos liberales o individuales. Y ambos reclaman su legitimidad y servicio. Por ello, los dos grupos de argumentos a favor de la justificación del control de

constitucionalidad al tener presencia material en la practica desarrollada en el seno de las democracias constitucionales han generado enfrentamiento, dado que su defensa se hace desde el extremo mismo que los ha generado sin aportar ningún valor a la unidad como tal, sino solo a sí misma.

Sea lo primero preguntarnos, ¿qué aporta a la democracia constitucional, la democracia? Fácil es deducir que lo primero que trae a la nueva unidad es su gran experiencia histórica y política, recogida de su milenario transcurrir junto al desarrollo de la humanidad y particularmente la regla de la mayoría, que es la de oro democrático y todo un conjunto de reglas para maximizar aquella norma de oro.

Pero igualmente en ese recorrido histórico y político, la democracia desarrolla, propio de su naturaleza, unos valores que son presupuestos de la existencia de ella y de su validez como sistema de vida y que no es posible que el proceso determine, como sería la libertad de movimiento, la no-agresión, las políticas activas y pasivas mínimas de todo democracia, la libertad de expresión.

No es posible racionalmente pensar en democracia sin ese plan reducido de derechos, que es lo llamado valores prima facie que la democracia aporta, por el solo hecho de ser democracia, a la relación con su otro extremo. Ese valor es intocable por el constitucionalismo e igualmente por parte del control judicial de constitucionalidad en sentido negativo.

Carlos Santiago Nino, respecto de estos valores, expresa:

“Esos derechos pueden ser considerados derechos a priori dado que son condición de la validez del proceso democrático y su valor no se encuentra determinado por ese proceso sino está presupuesto por éste. Estos derechos a priori deberían ser, así, respetados por el proceso democrático como prerrequisito de su validez. Es misión de los jueces garantizar su respeto.

En verdad, es bastante difícil determinar cuales son esos derechos a priori y distinguirlos de los derechos a posteriori que son establecidos por el proceso democrático. Algunos derechos a priori son obvios. Por ejemplo, los derechos políticos activos y pasivos o la libertad de expresión son claramente centrales para un contenido mínimo del sistema democrático. Pero esos derechos presuponen otros derechos que son incluso más básicos, incluyendo la protección contra agresiones y las restricciones políticas de la libertad de movimiento. Estas son

precondiciones de la participación libre del proceso democrático⁶⁶.

A su vez, ¿qué le aporta el constitucionalismo a la unidad democracia constitucional? Una lista de derechos fundamentales o básicos que se mueven en el mundo de la moral personal, en la órbita exclusiva privada de toda persona, que pertenecen a su propio plan de vida y que constituyen su moral personal o de excelencia personal. En esta órbita no es posible pensar que el proceso democrático puede penetrar para desmejorarla, porque constituye el plan mínimo para que podamos pensar en constitucionalismo, mucho menos mediante normas perfeccionistas.

Siendo así, tanto el constitucionalismo como la democracia requieren de un guardián de ese núcleo, que sea imparcial y confiable, es decir, que no dependa ni de la democracia ni del constitucionalismo.

¿De dónde provienen esos valores? De la práctica social milenaria y es lo que constituye el mínimo democrático constitucional, llamada igualmente constitución histórica, muy diferente a la Constitución ideal, que es la convencional y que tiene como finalidad el perfil moral con la que juzgamos las prácticas sociales misma.

Pues bien, la función del control de constitucionalidad tiene como principal fin el poder juzgar que los conceptos normativos se ajusten a la práctica social y que con ello se contribuya al desarrollo del proceso democrático de formación de la voluntad pública ajustándolas a la constitución ideal que cada país se ha establecido en su proceso de relaciones de convivencia.

Este proceso puede conducir, algunas veces a hacer prevalecer la práctica social concreta, aun yendo en contra de la constitución ideal y otras veces es necesario, hacer prevalecer la carta de navegación convencionalmente definida de manera democrática para la nación. Lógicamente, ello será el producto del estudio concreto de la situación concreta, en donde hay que ponderar la construcción real y actual del proceso democrático y el plan abstracto de guía definido para largo tiempo, aunque por regla general prevalece la constitución histórica, porque en ella reposa el valor de lo concreto y la riqueza de la universalidad, entendiendo por ella lo que Carlos Santiago Nino define como “el documento creado en la fundación constitucional e interpretado a través de la historia del país”⁶⁷.

En esa lucha, lógicamente lo que se busca es que los valores aportados prima facie por cada uno de los extremos constituyentes de la democracia

⁶⁶ *Ibid.* p. 275

⁶⁷ *Ibid.* p. 30.

constitucional, deban ser mejorados, perfeccionados, así por ejemplo maximizar las reglas de la mayoría en el campo de los derechos, lo cual presupone la mayor participación de los afectados en las decisiones de incumbencia pública, un debate que integre, como expresa Habermas, hasta el “otro” y a su vez maximizar las garantías y desarrollo integral de los derechos, pasando de su exclusivo núcleo a los condicionantes que permiten el desarrollo pleno de los mismo y la creación de nuevos derechos que expresen el mayor valor humano del constitucionalismo. Así tenemos hoy el debate de si los derechos sociales, económicos y prestacionales son o no protegibles constitucionalmente y en caso de serlo en que condiciones es ello posible.

Si lo anterior es así, se impone aceptar que el control de constitucionalidad se justifica desde la órbita de la democracia, que se ha considerado su gran enemigo y más todavía desde la órbita del constitucionalismo, porque en la nueva unidad, democracia constitucional, el control deja de ser instrumento de uno de los extremos para pasar a ser guardián tanto de la constitución histórica y del proceso democrático de formación de aquella práctica social. El control de constitucionalidad hoy día es instrumento institucional de la democracia constitucional y no-solo de uno de los extremos, dado que ambos aportan su valor y ambos requieren de hacerse blindar respecto del otro.- organización del poder y distribución del proceso democrático mismo.

Como puede observarse, la justificación del control de constitucionalidad no proviene, en este tercer grupo de doctrinantes ni solo de la democracia ni del constitucionalismo, sino de la necesidad de los dos y de la nueva unidad, como ente complejo que su propia existencia, eficacia y validez requiere de ese referee confiable e imparcial, que la ayude a fortalecer como unidad en sí mismo, cuyas fuerzas han de devenir del desarrollo de los derechos y esto a su vez del reforzamiento y vigorización del debate público deliberativo y democrático, de su reconocimiento y desarrollo. He ahí la primera premisa de esta concepción justificativa del control de constitucionalidad.

Pero por qué judicial ¿Por qué no confiar en la democracia y la presumible idea que las decisiones de la mayoría ha de ser correcta que las de un grupo de iluminados ajenos al proceso democrático?.

Primero, porque el referee debe ser ajeno al conflicto propio de la estructura parte en la confrontación; porque la autoridad, que por su experiencia y dedicación a la actividad de resolver los conflictos, se ve avocado a utilizar y acostumbra al razonamiento práctico, por lo que debe dedicarse al manejo de las premisas normativas y fácticas en sus decisiones, lo cual lo hace a fin a la toma de decisiones que debe tomarse en el control de constitucionalidad; al ser tercero a la confrontación le permite un alto grado de imparcialidad y confiables en sus decisiones; al no ser el control de

constitucionalidad producto de la democracia ni del constitucionalismo propiamente dicho, sino del desarrollo inicial de la nueva unidad democracia-constitucional, su orientación fundamentalmente se ha de dirigir a hacer respetar los derechos reconocidos y aportados por sus extremos constitutivos, defendiendo los canales democráticos y estimulando su formación a través del dialogo imparcial.

Pero, ¿cómo evitar los excesos de ese control judicial de constitucionalidad? ¿Cómo evitar que el poder judicial remplace la voluntad popular y se deslice al campo de la imposición de valores, incluso de valores contrarios a los democráticos establecidos convencionalmente?

“He ahí el gran aporte de Nino y Ely, quienes sostienen que el control de constitucionalidad para que realmente sirva a la democracia y al constitucionalismo debe partir de respetar y aceptar que el valor democrático debe siempre considerarse superior a cualquier otro valor al momento de definir la axiología que han de guiar la sociedad dada. En ello no debe existir la menor debilidad ni conceptual ni práctica. Y si como se han expresado los jueces se han de caracterizar por su imparcialidad y confiabilidad, ello debe reflejarse en su tarea de pretender maximizar ese proceso democrático de toma de decisiones en el ámbito público, lo cual, garantizan limpiando el proceso democrático de todo obstáculo, ampliando la base en la formación de opinión, destrabando toda restricción a la regla de las mayorías, pero nunca pretendiendo desplazar mediante ordenes al legislador o a la administración, es decir, inmiscuyéndose en el campo de lo sustancial, en función de una Constitución de principios ideales”.

Ely en las conclusiones de su texto Democracia y Desconfianza, expresa que:

“La elaboración de una teoría del control constitucional que refuerce la representación podrá desarrollarse en diversas direcciones, y es evidente que los Capítulos V y VI son solo una versión de ellas. Pero a pesar de cuanto se desarrolle, la teoría general que limita el control constitucional relativo a las disposiciones abiertas de la constitución al insistir en que solo puede ocuparse legítimamente de problemas de participación y no de los meritos sustantivos de la opción política atacada⁶⁸.

Pero más amplio que el mero criterio procedimental de Ely, se encuentra la teoría de Carlos Santiago Nino acerca del control de constitucionalidad, la cual:

⁶⁸ HART ELY, John. Democracia y Desconfianza. p. 215.

“Partiendo de la base de la concepción deliberativa de la democracia, que le da prioridad epistémico sobre el proceso judicial, se ha determinado que de las condiciones de esa misma concepción - que en principio niega el control judicial de constitucionalidad- se derivan causales importantes para habilitar la revisión judicial de las leyes y de otras normas democráticas. Esas causales están relacionadas con la supervisión del mismo procedimiento democrático para corregirlo y ampliarlo, con la exclusión de normas con fundamento perfeccionista y con la preservación de la continuidad de la práctica jurídica institucional.

De acuerdo con esta teoría del control judicial de constitucionalidad los jueces tienen una triple función de custodia: deben resguardar el proceso democrático, deben resguardar la autonomía personal y deben resguardar la continuidad de la práctica constitucional.”⁶⁹

Todo este recorrido por las diversas teorías de la justificación del control constitucional es para que nos sirva de premisa doctrinaria y normativa, primero para establecer cual es la aplicada por nuestra Corte Constitucional en lo referente al derecho a la salud y en materia de desplazados, deduciendo cual agrega un valor democrático a lo ya reconocido por la constitución, cual estimula mejor el debate democrático, protege la autonomía privada o personal y rodea de mas epistemología la práctica social en nuestro país. Y con este criterio descenderemos al estudio concreto de las dos líneas jurisprudenciales que sirven de experimento a este trabajo.-

⁶⁹ NINO. Fundamentos de derecho Constitucional. Op. cit. p. 704.

Resumen de las Corrientes Constitucionales Frente al Control

| CORRIENTE CONSTITUCIONAL | EXPONENTES | OBRAS | FORTALEZAS | DEBILIDADES |
|---|--|---|--|---|
| <p>Constitucionalismo Débil: “El que requiere de una constitución solamente para limitar el poder existente, sin prever una específica defensa de los derechos fundamentales”</p> <p>P. Comanducci. Formas de Neoconstitucionalismo, en Neoconstitucionalismo.</p> <p>Edición de Miguel Carbonell</p> | <p>Kelsen Hans Jurgen Habermas Hamilton, Madison y Jay.-</p> | <p>Teoría Pura del Derecho.</p> <p>Facticidad y Validez.</p> <p>El Federalista.-</p> | <p>Defensa de la Democracia y la seguridad jurídica que otorgan las reglas - Rule Of de law - . .</p> | <p>Desecha el constitucionalismo, los derechos fundamentales y el papel irrigador de la constitución. No le preocupa el contenido de las reglas.</p> |
| <p>Constitucionalismo Fuerte: “Es la ideología que requiere una Constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal” Ibídem</p> | <p>Ronald Dworkin Gustav Sagrebelsky Luigi Ferrajoli</p> | <p>El derecho en serio. Imperio del Derecho. El Derecho Dúctil. Derecho y Razón</p> | <p>Reconoce derechos indeclinables con alcance fundamental que hace prevalecer contra la democracia. Gana en justicia. Se plantea una necesaria conexión entre el derecho y la moral. La defensa de los Derechos Fundamentales es función del juez. Aplicando la Constitución, aplica la voluntad del constituyente.</p> | <p>Desconoce o debilita el valor aportado por la democracia. La Ley en algunos casos es relegada en el sistema de fuente. Se pierde algo de seguridad jurídica. No hay un método seguro y definitivo para encontrar la respuesta correcta a los casos difíciles</p> |

| CORRIENTE CONSTITUCIONAL | EXPONENTES | OBRAS | FORTALEZAS | DEBILIDADES |
|---|---|--|---|--|
| Constitucionalismo Medio.- "Los derechos fundamentales son puentes entre el derecho y la moral". Ibidem | Carlos Santiago Niño Roberto Gargarella Luis Prieto Sánchez | Fundamento del Derecho Constitucional. La Constitución de la Democracia Deliberativa.- La Justicia Frente al Gobierno. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.- | Reconoce los derechos fundamentales como limite al poder estatal, pero igualmente reconoce mayor valor epistémico a la democracia y su método de toma de decisiones.- Se apoya en una concepción deliberativa y defiende la imparcialidad.- | El peligro de que el sector democrático y judicial no esté en condiciones y capacidad de realizar y hacer respetar los compromisos con la democracia. La fuerza de la tradición legocentrista y el hiperrealismo. |

2.4 Propuesta de Control de Constitucionalidad para Colombia

La situación estudiada respecto del derecho a la Salud y de los desplazados nos sirve, para deducir una propuesta de control de Constitucionalidad para Colombia que permita conjugar las más elevadas teorías jurídicas constitucionales y políticas con la realidad concreta de nuestra sociedad y democracia nacional, como también con la teoría de las fuentes, contribuya al desarrollo de la democracia y del constitucionalismo, cerrando la inmensa brecha que en nuestra dogmática jurídica y política ha predominado al pretender transplantar concepciones de uno u otro origen sin aquel estudio particularizado de dónde venimos, quiénes somos y para dónde vamos.

En nuestro país hay dos problemas centrales a resolver si deseamos el progreso y la liberación de las fuerzas económicas, políticas y sociales de manera estructural: a) La profunda dependencia económico-política de las potencias internacionales, particularmente de los Estados Unidos, la cual, enfrenta a toda la nación con dichas políticas impositivas extranjeras ; b) La falta de democracia , que enfrenta a la población más desfavorecida de nuestra nación con las políticas estatales excluyentes de todo tipo.

Eso presupone que el desarrollo y progreso de la sociedad colombiana solo sería posible desatando esas contradicciones: enfrentando la dependencia nacional y ampliando las posibilidades democráticas, conductas que deben expresarse claramente en todos los ámbitos de expresión pública nacional y el derecho es uno de esos escenarios propicios para bregar por la ampliación de aquellos espacios, el cual se extiende desde las prácticas sociales, la construcción de leyes, la ejecución e interpretación de las mismas y el debate teórico-jurídico, como guía de esa actividad democrática.

El control de constitucionalidad debe estar al servicio del cambio, asumiendo deliberadamente posición a favor de la solución interna por la ampliación de la democracia en todos los campos de la vida nacional, de los cuales forma parte la salud, la educación, los derechos de los desplazados y resto de derechos prestacionales y de participación política.

Si ello es así, mirando el contexto político y social nacional, como ya se expresó: clientelista, excluyente y gamonalzco, hoy llamado de cohesión social, el control de constitucionalidad debe caracterizarse por ser un férreo defensor de la democracia, enemigo de toda actitud y práctica reduccionista de la misma, con un fuerte sabor de protección a los sectores desvalidos de la sociedad.

Y tal fenómeno no puede ser reflejada en una teoría de fuentes en el Estado Social de Derecho en que el constitucionalismo asuma una actitud de asfixiar la democracia, de la ley, sino por el contrario, se requiere atraer mediante una actitud de unidad.- En fin, la actitud es de acercamiento, de colaboración, de socio y no de suplantación de la ley por el constitucionalismo.-

En Colombia no es admisible permitir se continúe ampliando la brecha entre la democracia y constitucionalismo, porque son dos opuestos que se requieren, si se anhela superar estas grandes dificultades, por ello un constitucionalismo vigoroso presupone una democracia libre e igualitaria, pero a su vez, una democracia requiere de la protección de los derechos y de la práctica social como conquista de la misma democracia, por lo que un control de constitucionalidad en las condiciones de Colombia se impone defender en primera fila los conductos democráticos de opinión igualitaria y libre, oponiéndose a todo la expresión de autoritarismo, clientelismo y gamonalismo como prácticas antidemocráticas; defender que las decisiones de políticas públicas sean producto del mayor y amplio debate entre los afectados por ella, de manera que nadie haga la tarea de otros y el resultado sea moralmente idóneo y producto de unos instrumentos, igualmente idóneos, en calidad democrática; que defienda los progresos obtenidos en la práctica de la sociedad en camino a una constitución ideal, tanto en amplitud democrática como en garantías de derechos; oponerse ferozmente a los

estatutos limitativos de los derechos, en el sentido más amplio posible, sin desconocer las limitantes cuando estemos frente a derechos prestacionales, impedir que los derechos sean restringidos con fundamentos en leyes perfeccionistas, como los casos actuales del aborto o del consumo de dosis personal de drogas; no aceptar que so pretexto de la lucha contra las drogas y el terrorismo se vulneren los canales democráticos y núcleo esencial de los derechos fundamentales; impedir que se asuman actitudes que atenten contra derechos específicamente democráticos como la igualdad y la libertad.

Las teorías europeas y el papel de las instituciones europeas, especialmente de los países adelantados como Alemania, España e Italia deben servirnos de ilustración, pero no podemos perder de vista que lo particular tiene el doble valor de lo concreto y lo universal, por lo que se impone a los teóricos, estudiar y encontrar las identidades entre aquellos países y sus teorías y nuestra realidad, pero igualmente y, principalmente, descubrir lo que nos diferencia, para que las propuestas sean pragmáticas y sirvan al ideal general, que es el bienestar colectivo y la superación de los obstáculos que impiden obtenerlo. Y, el control de constitucionalidad es un instrumento utilizable a favor del cambio democrático igualitario y social.

Quienes están por el cambio del estado de cosas no podemos incurrir en actitudes, como pensar que el derecho no sirve para nada ni asumir la actitud ilusa de pensar que es posible realizar la ruptura definitiva a través de él. Pero si captamos las contradicciones generales y ubicamos cada instrumento en lo que debe contribuir, algo avanzamos en el camino de ampliación y mejoramiento de las condiciones democráticas. Por el contrario, el dogmatismo, tanto en política como en derecho, son tan perjudiciales como asumir la actitud pasiva.

Luego, nuestra propuesta es de un control de constitucionalidad democrático que debe reflejarse en la unión, no separación; en atraer no rechazar; en aprovechar y no desechar, la democracia por parte del constitucionalismo, que en la teoría de fuentes se materializa en la atracción de la ley a su centro y dirección: la Constitución.

Y esta posición no es extraña para este trabajo: la línea jurisprudencial sobre los desplazados, que se analiza en capítulo más adelante, pone de presente los beneficios de una concepción del control de constitucionalidad: En ella, el constitucionalismo compromete, dialoga, delibera, controla y supervisa a la democracia, porque pone de presente la inconstitucionalidad por omisión de la democracia, el abandono a la buena de Dios de los sectores más empobrecidos de la población, quienes se ven obligados a desarraigarse de sus pocas pertenencias por causas ajenas a sus propios intereses, especialmente la violencia política y la falta absoluta de oportunidades;

luego, solicita las justificaciones de tal actitud respecto de la seguridad, presupuestales, salud, educación, alimentación, etc;; seguidamente, se toma medidas para superar ese estado de inconstitucionalidad desde todas las orbitas y entes que tienen que ver para superar el facto, incluso involucrando los órganos de control. Finalmente, en audiencia pública, pide cuentas de los progresos respecto de las medidas tomadas, reprende, alza la voz a la democracia, pero la llama a trabajar mancomunadamente para sacar adelante las ordenes impartidas, para luego certificar la necesidad de atender la progresividad y no la regresión de las políticas públicas.

He ahí una buena práctica, una practica que combina la defensa de la igualdad, el dialogo deliberativo y concertado del constitucionalismo y la democracia, que es la idónea en las condiciones colombianas porque ayuda a avanzar en la solución de los graves conflictos que vive el país y, especialmente este sector de desplazados; también útil para sacudir la conducta omisiva de la democracia en cumplir su competencia por sí sola; arrastra a la democracia por el camino del desenvolvimiento de sus obligaciones positivas; quiebra el burocratismo clientelista que campea en la administración y en general en el Estado; motiva a los participantes a exponer los mejores argumentos para defender y justificar sus posiciones; armoniza y no antagoniza la democracia con el constitucionalismo; compromete éticamente a los afectados y los órganos que tienen que ver con el asunto, a ser fieles a los compromisos y hacer los mejores esfuerzos para cumplir cabalmente con ellos, para evitar los controles y sanciones; obliga a los propios órganos de control a ser férreos defensores de los canales democráticos y al regreso de las competencias constitucionales.

Por el contrario, la línea del control de constitucionalidad que asume la conducta de imposición de ordenes de parte del constitucionalismo, como la de salud como derecho conexo estudiada en la Corte Constitucional, al no llamar a consulta a la democracia y definir la situación real de posibilidades de aporte que ella puede y debe hacer a los problemas que son de su incumbencia resolver, anula la ley, los códigos, genera inseguridad jurídica, pero y es lo más grave, es que no ayuda a las soluciones igualitarias y universales, convirtiéndose en una arma finalmente en contra del desarrollo general y las buenas intenciones humanitarias de constitucionalismo.

En la vida y particularmente en la vida social las cosas no se juzgan por las intenciones, por muy buenas que ellas sean, sino por los efectos prácticos de las decisiones. Y no hay duda que los efectos prácticos deducidos de este análisis es que la línea humanista de la Corte Constitucional en salud en cuanto y en tanto lo considera un derecho fundamental conexo, no ayuda a resolver el problema publico sino a agravarlo; no se aporta a la democracia un valor agregado sino al contrario le elimina su aporte epistemológico y la

tesis de control de constitucionalidad que subyace en ella no ayuda a la transformación de las contradicciones esenciales del progreso social. Por el contrario, la línea aplicada respecto de los desplazados, por sus efectos y compromisos va de la mano con la naturaleza, necesidades, competencias y funciones constitucionales. El contraste de estas dos líneas es el contraste de la pugna jurídica entre las dos concepciones que en el derecho comparado se dan: Constitucionalismo vs. democracia o constitucionalismo y democracia.

Solo un control prudente, equilibrado, que sepa sacar a flote los mejores esfuerzos de la democracia y la comprometa en la progresividad de los derechos y orientar esos esfuerzos a los sectores sociales menos aventajados de la sociedad; un control realista de nuestras posibilidades sociales y económicas; un control inflexible en la garantización de los derechos fundamentales; un control no especulativo y académico sino levantado sobre las realidad nacional, en fin, un control de constitucionalidad igualitario, pero también libertario en términos de equilibrio.

3. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES AL DERECHO A LA SALUD Y RESPECTO DE LOS DERECHOS DE LOS DESPLAZADOS

3.1 Derecho a la Salud

Para efectuar las línea jurisprudenciales de la Corte Constitucional respecto al derecho a la salud como también de los derechos de los desplazados, utilizaré la técnica planteada para tal efecto por el doctor Diego López Medina en su texto El derecho de los Jueces⁷⁰, la cual resumo de la siguiente manera:

Tomo la última providencia que ha pronunciado la Corte Constitucional sobre el problema jurídico planteado, en este caso, la posición de dicha Corporación respecto de la tensión Control Constitucional-democracia en materia de salud y de desplazados, en este caso las T-654 de 2004, T-1000 de 2005 y la T- 296 de 2006 y a partir de ellas elaboraré la llamada por el autor, la ingeniería de reversa, es decir, rastreamos los precedentes que la misma Corte considera importantes, tanto en apoyo a la posición actual como respecto a los cambios jurisprudenciales que sobre el tema ha presentado, formando con ellas la telaraña jurisprudencial o nicho citacional.

De esa telaraña hemos de deducir qué providencias se repiten con mayor frecuencia, porque en ella se trata de la manera más integral el tema que sirve para resolver el problema jurídico estudiado. Por esa vía, descubrimos la providencia fundante de la línea que no será otra que la más antigua sobre el tema y que por lo general es una decisión amplia, rodeada de aspectos determinantes, pero igualmente de condicionantes y circunstanciales que rodea el punto tratado.

⁷⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego. El Derecho de los Jueces. Bogotá: Primera edición. Legis Editores. p. 213

Pero igualmente este estudio gráfico nos permite establecer las decisiones que llamaremos de giro jurisprudencial, que no son otras que las que van estableciendo los cambios en la trayectoria posicional de la Corte en la solución del problema planteado, también llamadas por el profesor referenciado sentencias hitos, que pueden coincidir, en temas de tutela con las de unificación de posición o SU, pero no necesariamente deben ser de esa naturaleza. Y finalmente, este nicho citacional nos permite deducir las sentencias confirmadoras de principios o de línea, cual son aquellas que “se ven así mismas como puras y simples aplicaciones, a un caso nuevo, del principio o ratio contenida en sentencia anterior”⁷¹.

En el caso de esta investigación el problema jurídico, lo podemos plantear en los siguientes términos genéricos:

En materia del derecho constitucional a la salud, ¿la Corte Constitucional privilegia a la Constitución o a la democracia? ¿Estimula la participación democrática la Corte Constitucional, al resolver tutelas sobre el derecho a la salud? Siendo Colombia una república democrática y participativa, impartir ordenes, mediante tutela, ¿es la mejor forma de proteger el derecho a la salud? ¿Es ello, una posición igualitaria en una sociedad democrática? ¿Asume idéntica posición la Corte Constitucional respecto de los derechos de los desplazados? ¿O por el contrario, en materia de desplazados, la Corte armoniza Constitución y democracia? ¿Cuál de las dos líneas es más ajustada a las necesidades democráticas y constitucionales de Colombia?

En particular diremos: ¿Es igualitaria y democrática la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que considera que el derecho a la Salud es fundamental conexo y de ser desconocido imparte la orden directa de restablecerlo?

Pues bien, tómanos como lo hemos dejado expresado, las T-654 DE 2004, T 1000 de 2005 y la T – 296 de 2006, última sobre el tema al momento de escribir estas notas, procediendo a realizar el nicho citacional, que es de la siguiente manera:

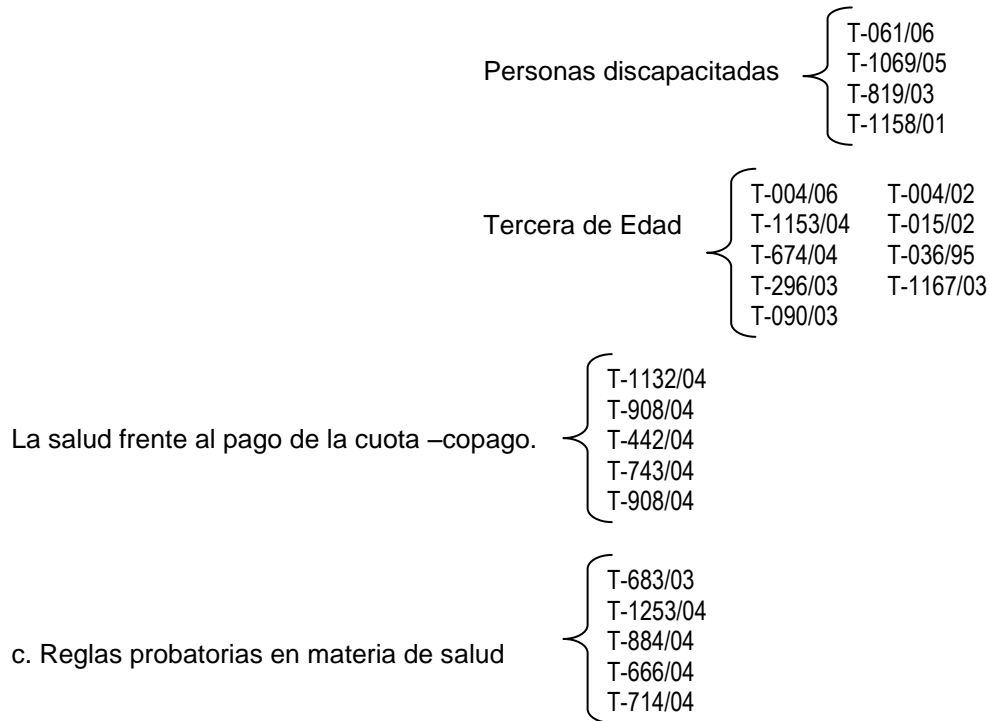
- | | | |
|---|---|--|
| 1. Derecho a la salud, conexo a la vida, la integridad a la persona. El SIDA. | } | T-617/00 T-819/99 T-395/98 T-013/98 T-271/95 T-286/98 T-494/95 T-489/98 T-271/95 SU-039/98 T-494/93 SU-480/97 T-593/93 T-606/97 T-103/01 T-505/98 |
| 2. Referente al Fosyga T-1018/01 T-1120/00 | } | SU-480/97 T-1018/01 T-236/98 T-1121/00 T-283/98 T-935/01 |

⁷¹ Ibid. p. 68.

- | | | |
|--|---|--|
| <p>1. Derechos A la salud de los niños. Es fundamental protegido de manera inmediata, cuando es violado.</p> | } | <p>44 C.P. SU-22/98 T-514/98 T-287/94 T-415/98 T-586/98 T-408/95 T-117/99 T-53/92</p> |
| <p>2. Derechos a la salud del menor amenazado: Protección inmediata.</p> | } | <p>T-075/96 T-049/99 SU-225/98 T-117/99 T-236/98 T-119/99 T-286/98 T-093/00 T-453/98 T-153/00 T-514/98 T-610/00 T-784/98 T-622/00 T-796/98 T-1430/00</p> |
| <p>3. Derecho a la salud de quienes se encuentra en incapacidad manifiesta. Autónomo.</p> | } | <p>T-477/00 T-859/02 T-1166/00 T-1081 T-477/00 T-004/02 T-1087/01 T-111/03 T-280/01</p> |
| <p>4. La salud de los niños no requiere conexidad. Igualmente los medicamentos POS.</p> | } | <p>T-860/03 T-859/03 T-223/04 T-223/04 T-538/04 T-299/04</p> |
| <p>5. Medicamentos NO POS</p> | } | <p>T-1204/00 T-484/92 T-505/92 T-548/92 T-224/97 SU-480/97</p> |

Mas recientemente se profirió por la Corte Constitucional la T-296 de 2006, de la cual deducimos la siguiente situación jurisprudencial:

- | | | |
|--|---|--|
| <p>a. La Salud como un derecho por conexidad</p> | } | <p>T-406/92 T-101/04 T-839/00 T-571/92 T-138/03 T-076/99 T-062/06 T-747/03 T-231/99 T-060/06 T-696/02 T-936/99 T-001/06 T-755/02 T-248/98 T-911/05 T-406/01 T-489/98 T-1035/05 T-489/01 T-645/04 T-1176/00</p> |
| <p>b. La Salud como derecho autónomo.</p> | } | <p>T-575/05 T-859/03 T-860/03 T-859/03 T-8114/05 T-330/02 T-283/04 T-542/01 T-137/03 SU-225/98</p> |



Como puede apreciarse, de las jurisprudencias tomadas como iniciales para el análisis o punto de partida a la ingeniería de reversa, de tres años continuos (2004,2005 y 2006) todas reiterativas o confirmatorias de principios definidos precedentemente por la Corte Constitucional, deducimos que la línea jurisprudencial respecto del derecho a la Salud, desde 1992, es casi inmodificable en casi todos sus aspectos centrales, lo que nos permite establecer las subreglas de manera segura, por cuanto es la propia Corte Constitucional la que se encarga de plasmarla de manera sistemática en sus diversas providencias reafirmatorias.

La Corte Constitucional ha conformado líneas jurisprudenciales respecto del derecho teniendo en cuenta a los sujetos, la conexión con otros derechos fundamentales, el que este incluido la prestación en el POS o no, etc. , contando prácticamente con una línea definida y reiterada en abundantes pronunciamientos, de los cuales es posible enunciar las subreglas para cada aspecto en particular.

El método explicado por el doctor Diego López Medina, en sede del derecho a la salud, se ha simplificado, dado los adelantos tecnológicos y de sistematización que se maneja en la Corte Constitucional, donde su relatoría presenta un banco de datos disponible, actualizado respecto de cada derecho y el uso de las sentencias reiterativas de la propia Corte, donde se hacen recuento riguroso de los diversos aspectos del derecho estudiado, lo que permite reconstruir el pensamiento que mantiene y defiende sobre el punto investigado, incluso remontándose a la sentencia fundante, que por lo

general son de los primeros años de la Corte Constitucional y de una extensión amplia, a contraria de las reiterativas, que por lo general son de corta extensión en su argumentación, porque su fundamentación es remitida a los precedente citados en el mismo cuerpo de la providencia.

Es decir, en lo que respecto al derecho a la Salud, el trabajo de la relatoría y el banco de datos de la Corte constituyen lo que Diego López llama el nicho citacional o por lo menos la facilita enormemente y a lo que recurre el autor de este trabajo.

Con las tres sentencias se armó un gran nicho citacional por los diferentes aspectos del derecho a la Salud, que nos ha permitido efectuar la extracción de las diversas subreglas jurisprudenciales sobre la salud, comenzando por la naturaleza jurídica de dicho derecho, expresando, que por regla general, no es un derecho fundamental directo, autónomo, sino indirecto, por conexidad, especialmente con el derecho a la vida y al desarrollo integral de la persona, llegándose a expresar que “la Corte Constitucional ha considerado que la protección por vía de tutela del derecho a la salud, es viable como derecho fundamental cuando está en riesgos el derecho a la vida u otro derecho fundamental. Pero si dicho derecho a la Salud no está en conexión con otro derecho u con otros derechos, adquiere el carácter de prestacional y puede ser exigible a través de otros medios de defensa, diferentes a la tutela”⁷². Sin embargo, en la misma providencia, la Corte Constitucional expresó que pueden darse casos en que el derecho a la salud que se reclama no tiene un vínculo directo con el derecho a la vida y la integridad personal, pero sí, con un concepto amplio de derecho a la vida, siendo en tal circunstancia igualmente protegible, dado que por vida no podemos entender:

Un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo de tutela solo en el evento de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder unas funciones orgánicas de manera definitiva; si no que se consolida con un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. De conformidad con lo anterior y sin olvidar su relación directa con la vida y la calidad misma de ella se ha entendido por derecho a la salud la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”⁷³.

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 654 de 2004- World Wide Web : www.ramajudicial.gov.co.

⁷³ Ibid.

Definida la naturaleza jurídica del derecho a la Salud como fundamental por conexidad, por regla general, para que proceda su protección mediante la acción constitucional de tutela, el accionante debe traer a la administración de justicia la certeza sobre los presupuestos, definidos desde la T-406 de 1992 (Magistrado Ponente: Ciro Angarita Varón), tenida como fundante de línea y que son del siguiente tenor:

1. Que la falta del medicamento o tratamiento amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no solo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de la droga o el tratamiento altera las condiciones de existencia digna.
2. El medicamento o el tratamiento no puede ser reemplazado por otro que figure dentro del plan obligatorio de salud.
3. El paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo del medicamento o del tratamiento respectivo.
4. El medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la empresa Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliado el demandante.⁷⁴

Pues bien, la Corte “luego de verificada el cumplimiento de los anteriores requisitos, ordena a la entidad demandada la ejecución de la conducta omitida por ésta, esto es, la entrega del medicamento o la realización de la intervención quirúrgica ordenada por el médico tratante adscrito a la EPS”⁷⁵.

Como ya se expresó, es esta una línea consolidada en la Corte Constitucional, tanto en el tiempo como en las diversas Salas de Revisión de manera inmodificada, como por el abundante número de providencias en que se ha reiterado. Para ello bastaría asomarse al Banco de datos de la relatoría de la Corte Constitucional, donde el ítem dedicado al derecho a la Salud es uno de los más nutridos en providencias y de los más variados temas sobre ello, en las cuales se reafirma este esquema humanista de protección del derecho a la Salud, que se concreta finalmente mediante el procedimiento de impartir la orden de realizar la entrega de la medicina o de practicar el procedimiento quirúrgico omitido, previo establecimiento de los presupuestos planteados, mediante el mecanismo de subsumir los hechos probados en la acción de tutela, de manera idéntica como desata el juez ordinario las controversias judiciales a su conocimiento.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

Es resaltable, incluso, el lenguaje utilizado por la Corte: “se emite la orden verificado el cumplimiento de los anteriores requisitos”, lo que ha permitido que al seno de la Rama Judicial, una acción de tutela respecto al derecho a la Salud se constituya lo que se ha venido llamando “casos fáciles” dado que el procedimiento para desatlarla se limita a la subsunción a que están habituados los operadores judiciales de instancia en su labor diaria, llegándose incluso a las conocidas “sentencias de notificador”, como se expresa en el argot judicial.

Una segunda subregla respecto del derecho a la Salud, es la llamada por la propia Corte Constitucional como “fundamentalidad autónoma en relación con el contenido esencial del derecho a la Salud” para comprender aquí la protección y satisfacción de la prestación de salud y seguridad social en general de aquellos afiliados al sistema a que se les niega el servicio o los medicamentos que se encuentran incluidos en el Plan Básico de Salud o el Plan Obligatorio de salud (P.O.S.) y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (P. O. S. S).

Por ello en sentencia T-296 de 2006 se expresó que en tales eventos “no es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la tutela (sic): violación o amenaza de un derecho fundamental”⁷⁶. Ver los precedentes en el nicho citacional efectuados en este capítulo.

Lo anterior tiene su apoyo en que el desconocimiento al derecho del afiliado al sistema de seguridad social, sea cotizante, beneficiario o subsidiado, que por vocación de la ley y ser ese el fin del sistema mismo, el darle el derecho a disfrutar de la atención médica, medicamentos y resto de servicios contemplados en el Plan, la conducta omisiva en tal sentido ni siquiera implica desconocimiento directo de la Constitución o una conducta inconstitucional, sino que desconoce un derecho más elemental, de orden legal y los mínimos requerimiento esencial del núcleo adquirido por la práctica social, cual es el derecho. Esta omisión podría reclamarse por las vías ordinarias, pero dado su demora en los tramites judiciales y la urgencia, en la generalidad de las veces del medicamento o procedimiento contemplado en el Plan de Seguridad, pero desconocido por las prestadoras de Salud, que se ha convertido la Acción de tutela en el mecanismo común para enmendar estas irregularidades.

Es una práctica institucionalizada en nuestro país desconocer, incluso, las obligaciones expresas, claras y exigibles, lo cual constituye una actitud violadora de una prestación, con lo que se impide el desarrollo a etapas superiores de derecho, y constituye expresión de un comportamiento

⁷⁶ Corte Constitucional. T-296 de 2006.

inconstitucional de retroceso, de intentar revertir lo andado o como diría el filósofo alemán pretender echar la rueda de la historia hacia atrás.

Y cuando ello ocurre, no es necesario buscar argumentos y justificaciones superiores, sino los ordinarios de respeto al orden legal, a los derechos adquiridos y los mínimos requerimientos esenciales del derecho ya ganado por la actividad social de los hombres, para que prospere la acción de tutela. Pero a su vez, esa práctica ha generado que se convierta la acción de tutela un trámite adicional y de naturaleza administrativo para obtener la satisfacción de un derecho esencialísimo como es el de Salud, más como en este caso, que es un aspecto a que ad-initio no requiere sino la exigencia médica del medicamento o procedimiento quirúrgico prescrito por el galeno tratante.

Aquí el proceso de subsunción no es con los presupuestos establecido por la Corte respecto del derecho a la salud como derecho fundamental en conexidad, sino con el POS y el P.O.S.S, a efecto de observar si el medicamento requerido se encuentra incluido en él, para que se imponga, sin mas, la orden. Inmenso es el número de tutelas en tal sentido y la Corte aquí también muestra su profunda vocación humanista al proteger el derecho a la salud, pero especialmente se restablece la legalidad desconocida por las entidades prestadoras de salud.

Una tercera línea jurisprudencial, no nacida del interés objetivo de inclusión o no en el Plan Básico de Salud, sino teniendo en cuenta a los sujetos que se encuentran en situaciones de especial protección, como los menores de edad, los discapacitados y los mayores adultos, la Corte Constitucional ha expresado que el derecho a la salud respecto de ellos, es autónomo, dada su vulnerabilidad.

Respecto de los niños, no hay duda que el derecho a la salud es fundamental autónomo y de satisfacción inmediata, porque de manera directa lo expresa el artículo 44 de la Constitución Política, además de la integración de los Tratados Internacionales al respecto, con los cuales se constituye el Bloque de Constitucionalidad (Art. 93 C.P.) Es este un derecho adquirido por la práctica social y que no puede ser desconocido ni controvertido, y de serlo, la Acción de Tutela es un mecanismo idóneo para su restablecimiento sin miramiento alguno. Así lo ha expresado la Corte Constitucional en las T- 811 de 2005, T- 293 de 2004, T -137 de 2003 y todo el conjunto de providencias expuestas en la telaraña que se presenta en este capítulo.- La subregla puede reseñarse, en voz de la misma Corte, en los siguientes términos:

“Según el artículo 44 de la Constitución política, los niños tienen una serie de derechos fundamentales de carácter

prestacional, como el derecho a la Salud, que necesariamente deben ser atendidos por algunos de los agentes que la propia constitución designan: la familia, la sociedad y el estado.⁷⁷

En la misma providencia, la Corte Constitucional precisa los presupuestos para la prosperidad de una pretensión de salud en que se encuentre involucrado un niño, cuales son:

“En síntesis, el juez constitucional es competente para aplicar directamente, en ausencia de prescripción legislativa, el núcleo esencial de aquellos derechos prestacionales de que trata el artículo 44 de la Carta. En estos casos, debe ordenar a los sujetos directamente obligados el cumplimiento de sus respectivas responsabilidades, a fin de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas del menor. Si se trata de asuntos que solo pueden ser atendido por el Estado – bien por su naturaleza, ora porque los restantes sujetos no se encuentran en capacidad para asumir la obligación- la autoridad pública comprometida, para librarse de la respectiva responsabilidad, deberá demostrar: 1) Que pese a lo que se alega, la atención que se solicita no tiende a la satisfacción de una necesidad básica de los menores; 2) Que la familia tiene la obligación y la capacidad fáctica de asumir la respectiva responsabilidad y que las autoridades administrativas tienen la competencia y están dispuestas a hacerlo cumplir; 3) Que pese a haber desplegado todos los esfuerzos exigibles, el Estado no se encuentra en la posibilidad real de satisfacer la necesidad insatisfecha”⁷⁸.

De igual manera, la Corte Constitucional ha incluido en el grupo de sujetos de especial protección las personas que se encuentran en la tercera edad, como lo manifestó en las diversas sentencias que en los nichos citacionales se muestran. En la T-1081 de 2001, lo expresó en los siguientes términos:

“El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características especiales de vulnerabilidad de este grupo de la población y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

⁷⁷ Corte Constitucional SU 225 de 1998

⁷⁸ Ibid

Ahora, tanto la Constitución Política en su artículo 46 como la jurisprudencia constitucional han reconocido que las personas de la tercera edad ocupan un lugar privilegiado en la escala de protección del Estado.

Las características particulares de este grupo social permite elevar a categoría de fundamental el derecho a la salud, dada su conexidad con el derecho de rango superior tales como la vida y la dignidad humana. Puede decirse también que por sus generales condiciones de debilidad manifiesta el Estado se encuentra obligado a brindarle una protección especial a las personas de la tercera edad, según lo establece el artículo 13 superior.

Conforme con lo señalado la jurisprudencia de esta Corporación, la protección especial reservada para este grupo social incluye la posibilidad de que los conflictos surgidos en torno a la vigencia de los derechos fundamentales, de los cuales se derive un perjuicio irremediable, puedan ser resueltos de manera inmediata a través de la acción de tutela, sin necesidad de acudir a las vías ordinarias de defensa judicial establecidos por el ordenamiento jurídico. También sobre el particular se pronunció la Corporación:

La Corte ha reconocido que algunas personas en particular, quienes pertenecen a la tercera edad, gozan de lo que se ha denominado un derecho o trato de protección especial. El mencionado derecho apareja, otras cosas, la facultad de las personas beneficiadas de solicitar la procedencia inmediata de la acción de tutela cuando, pese a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial queda demostrada una lesión a sus derechos fundamentales que compromete las condiciones de una vida digna.⁷⁹ (T-801 de 1998. M-P Eduardo Cifuentes Muñoz)

Finalmente, integra este grupo de especial protección los discapacitados, tema que trató íntegramente la Corte Constitucional en la T-850 de 2002, pero que reitera pronunciamientos precedentes, sentando la siguiente sub-regla al respecto que el doctor Rodrigo Uprimny en su aclaración de voto de la T-654 de 2004, relata así:

“En este fallo (T-850 de 2002), la Corporación consideró que una prestación de salud se torna fundamental, entre otras, por

⁷⁹ Sentencia T-1081 de 2001. Corte Constitucional de Colombia.

los siguientes eventos: a) cuando debido a las condiciones físicas, mentales, económicas o sociales, en las que (a una persona) le corresponde vivir disminuyen significativamente su capacidad para enfrentar la enfermedad, siempre y cuando; b) el estado o la sociedad tengan la capacidad para enfrentarla sin sacrificar otro bien jurídico igual o mayor valor constitucional; c) la prestación solicitada sea necesaria; d) para sobrepasar las barreras que le permitan llevar su vida con un grado aceptable de autonomía; e) para mejorar de manera significativa las condiciones de vida a los que lo ha sometido su enfermedad y f) Para evitar una lesión irreversible en aquellas condiciones de salud necesarias para ejercer sus derechos”⁸⁰.

En el campo del derecho fundamental a la salud, un aspecto que la Corte Constitucional ha prestado gran interés es lo referente a las cuotas de copagos, que en muchos casos se ha tornado nugatorias de los servicios de salud, dada las difíciles condiciones económicas de nuestra población. En tal punto, ha expresado la Corte Constitucional:

Para determinar los casos en los cuales debe eximirse al afiliado del pago de las cuotas con el fin de garantizar el derecho constitucional a la salud, la Corte ha desarrollado dos reglas: [1] cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud, deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor. [2] Cuando la persona requiere un procedimiento médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que ésta sea prestada, la entidad encargada de la prestación, exigiendo garantías adecuadas, deberá brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora sin que su falta de pago pueda convertirse en forma alguna en obstáculo para acceder a la prestación del servicio.⁸¹

Pues bien, desde el punto de vista procedimental, establecidos por la Corte Constitucional los presupuestos para que prospere la prestación de salud que se solicita a través de la acción de tutela, se procede a impartir de manera directa la orden de protección al derecho, disponiendo lo necesario

⁸⁰ Aclaración de voto. Sentencia T-654 de 2004. Rodrigo Uprimny Yépez.

⁸¹ Sentencia T-654 de 2001. Corte Constitucional de Colombia.

para que se satisfaga la prestación o re-establezca el derecho violado, sin mediar más deliberación al respecto.

A efecto de evitar que la orden de prestación del servicio rompa el equilibrio democrático de igualdad de todos los ciudadanos al sistema de seguridad social, la Corte Constitucional complementa su orden de protección al derecho fundamental, permitiendo que las E.P.S. y las A.R.S. acudan al recobro de los gastos que exceden lo dispuesto en el sistema de seguridad social en las subcuentas del Fosyga. Ver el grafico citacional.

En el capítulo siguiente se tratará las criticas que tal línea, desde el punto de vista sustancial y procedimental, ha generado en la comunidad nacional y la jurídica en particular, pero especialmente proveniente de los defensores de la órbita democrática de la sociedad.

3.2 Línea Jurisprudencial Respecto de los Derechos de los Desplazados

| | | |
|--|---|---|
| Derechos Fundamentales que se alegan violados. | •1 Discriminación | •8 Derecho de los niños |
| | •2 Vida e integridad personal | •9 Libre desarrollo de la personalidad |
| | •3 Salud, Mínimo Vital | •10 Derecho al trabajo |
| | •4 Vivienda | •11 Ayuda humanitaria. |
| | •5 Locomoción | •12 Derecho de petición |
| | •6 Educación | •13 El registro de calidad de desplazado. |
| | •7 Escoger el lugar de domicilio. | |
| Normas | Naciones unidas Doc E/CN. 4/1998/531ADD/2 11 de febrero de 1998. Ley 387 de 1997. Decretos reglamentarios | |
| | T-037/96 | T-1635/00 |
| | T-227/97 | T-327/01 |
| | SU-1150/00 | T-1346/01 |
| | T-215/02 | T-268/03 |
| | T-602/03 | T-098/02 |
| | T-721/03 | T-1635/00 |
| | 419/03 | T-327/01 |
| | SU-1150/00 | T-1346/01 |
| | | T-268/03 |
| | | T-098/02 |
| | | T-669/03 |
| | | T-1635/00 |
| | | T-088/99 |

La decisión de la acción de tutela contenida en la T-025 de 2004 hizo la declaración de estado de cosas inconstitucional en lo referente a los derechos de los desplazados, que por lo tanto concentró todo el estudio, de

manera sistemática, efectuado por la Corporación respecto de la situación fáctica y jurídica de esta población, especialmente las 17 tutelas que se habían fallado hasta ese momento. Por ello, tomamos esta providencia como la central para el análisis de la problemática de los desplazados, pero particularmente para el estudio de las subreglas aplicadas por la Corte y el procedimiento asumido en la solución del permanente y continuo desconocimiento de los derechos de la población desplazada por efecto de la violencia. Además el Banco de Datos de la Corte Constitucional así lo permite deducir.

La situación fáctica que encontró la Corte Constitucional respecto de los desplazados, fue descrita así:

I) a la grave situación de vulnerabilidad que aqueja a la población desplazada; II) a los problemas que enfrentan a raíz de la forma como están siendo atendidas sus solicitudes por las entidades demandadas; III) el tiempo excesivamente prolongado que ha transcurrido sin que hayan obtenido las ayudas previstas; IV) al altísimo volumen de tutelas que presentan los desplazados para obtener la ayuda efectiva a que tienen derecho y al hecho de que varias entidades hayan convertido la presentación de tutela como parte del procedimiento ordinario para obtener la ayuda solicitada; V) a que la situación a que se pretende resolver mediante la presente tutela afecta a toda la población desplazada, cualquiera que sea el sitio en la cual se encuentre actualmente, e independiente de que hayan acudido a la acción de tutela para obtener la protección efectiva de sus derechos; VI) a que la mayor parte de los problemas planteados se han presentado de manera reiterada desde que se estableció la política para la atención de la población desplazada y VII) que algunos problemas planteados por los desplazados deben ser examinados por primera vez por la Corte.⁸²

Y las órdenes impartidas han sido del siguiente tenor:

Con el fin de garantizar una protección efectiva de la población desplazada, la Corte ha ordenado I) a las distintas autoridades que participan en la protección de la población desplazada, incluir a los accionantes en los programas y políticas existentes en un plazo breve que va desde las 48

⁸² Sentencia T-602 de 2003. Op. Cit.

horas a los tres meses siguientes a la notificación de la sentencia (T- 215/03); II) al presidente de la república, coordinar con los distintos ministerios y entidades encargadas de la atención de la población desplazada, las acciones indispensables para garantizar, en un plazo máximo de 30 días, la solución definitiva de los problemas que enfrentan los accionantes (SU- 1150/00); III) adelantar en un plazo de 48 horas todas las gestiones necesarias para trasladar al accionante a un lugar donde su vida e integridad no corra peligro (T-258/01); IV) a la Red de seguridad social, incluir al accionante en un registro Único de Población desplazada; V) que se constituya el Comité Municipal de Atención integral de la Población desplazada en un plazo de 10 días, a fin de que ese comité estableciera en un plazo de 20 días, el programa de reubicación y estabilización de los accionantes; VI) a la Red de Solidaridad Social coordinar con el Instituto de Bienestar Familiar la inclusión de los menores demandantes en los programas existentes en dicha entidad y tramitar de manera preferencial y rápida, ante las entidades que correspondan las solicitudes de subsidio familiar de vivienda (T-268/03); VII) a la Red de Solidaridad Social otorgar la ayuda humanitaria de emergencia solicitada; VIII) al Director Nacional de la Red de Solidaridad que incluya a los accionantes en un proyecto productivo articulado a un programa de seguridad alimentaria (T-602 /03); IX) a la Red de Solidaridad Social para que en un plazo de 48 horas realice las gestiones necesarias ante las entidades competentes para que se suministre la atención integral de salud requerida por la actora; X) a la Red de Solidaridad Social brindar en un plazo de 48 horas la accesoria necesaria a la actora sobre las distintas alternativas de consolidación económica (T-669/03); XI) que la Red de Solidaridad Social asista y asesore efectivamente a la actora; XII) a la Defensoría del Pueblo diseñar y dictar cursos de promoción de derechos humanos y de respeto de los derechos de la población desplazada a las distintas autoridades, con el fin de sensibilizarlas frente a esta problemática (T- 227/98); XIII) al gobierno nacional para que en un plazo razonable reglamente la Ley 715 de 2001 en lo concerniente al traslado y reubicación de docentes amenazados; XIV) a la Defensoría del Pueblo velar por la divulgación de los derechos de la población desplazada (T-1635/ 00) XV) al Procurador general de la nación ejercer la vigilancia del cumplimiento de lo ordenado en la sentencia; XVI) la Defensoría del Pueblo, instruir a la población

desplazada sobre sus derechos y deberes constitucionales.⁸³

La Corte Constitucional en la T-025 de 2004 realiza una evaluación del progreso y cumplimiento de las órdenes impartidas en diversas acciones de tutela precedentes, en las que se habían impartido los correctivos respecto de la población de desplazados, encontrando que eran insuficientes, pero:

No puede el juez de tutela sancionar cada uno de estos problemas, lo cual corresponde tanto al gobierno nacional y a las entidades territoriales, como al Congreso de la República, dentro de sus respectivos ámbitos de competencias. No obstante, lo anterior no impide que al constatar la situación de vulneración de los derechos fundamentales en casos concretos la Corte adopte correctivos encaminados a asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados, como lo hará en esta sentencia e identifique remedios para superar estas tendencias estructurales que comprometen diversas entidades y órganos del estado.⁸⁴

Y más adelante expresa la misma Corte que:

No se trata en este caso de que a través de la acción de tutela se está ordenando un nuevo gasto no presupuestado o que se esté modificando la programación presupuestal definida por el legislador. Tampoco esta definiendo nuevas prioridades, ni modificando la política diseñada por el legislador y desarrollada por el ejecutivo. Por el contrario, la Corte teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población amenazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades esta apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. Esa es la competencia del juez constitucional en el Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional”.⁸⁵

La Corte Constitucional cataloga los derechos de los desplazados y el de Salud como de naturaleza prestacional, es decir que requieren de la participación de los órganos y autoridades políticas, por cuanto son ellas las que tienen en su competencia establecer la regulación y presupuesto para su realización progresiva de su satisfacción. Los derechos sociales, económicos

⁸³ Sentencia T-025 de 2004. Op. Cit.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

y culturales no son exigibles haciendo abstracción de la realidad de cada país y época, sino que requieren de la colaboración de la Sociedad y del Estado, que por mucha precariedad en la disponibilidad de solvencia económica, el Estado no puede desconocer lo que se ha denominado el núcleo esencial de esos derechos y mucho menos desconocer la progresividad de los mismos, dado que todo intento de desconocer el estado actual de avance en tal sentido, por si mismo se configura una situación inconstitucional.

De lo anterior se desprende que al Estado que se dice ser social y democrático en materia de los derechos económicos, sociales y culturales, le corresponde cumplir dos clases de deberes:

Por una parte debe adoptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado “la cláusula de erradicación de las injusticias presentes” y, por la otra, debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación hacia el pleno goce de tales derechos.⁸⁶

Hecho el estudio y encontrando establecido el estado de cosas inconstitucional respecto de los derechos de los desplazados, la Corte Constitucional resuelve tomar medidas, unas simples y otras complejas, entendiendo por las primeras la solución concreta a tutelantes de sus peticiones y que pueden ser descargadas por una sala entidad y las segundas las que imponen la armonización de trabajo y competencias de varias entidades con responsabilidad en el tema. Así por ejemplo, se le impone al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada formular el presupuesto necesario para superar el estado inconstitucional de cosas, para lo que debe coordinar con Hacienda, Planeación, y las entidades territoriales, la Nación e incluso la cooperación internacional; dispuso la Creación de los Comités de desplazados, que la Ley 387 de 1997 creó, pero que en los municipios de desplazados no se habían constituido, por lo que dispuso que el Ministerio del Interior se pusiese en tal tarea; ordenó que el

⁸⁶ Sentencia T-025 de 2004. Op. Cit.

Ministerio de Relaciones efectuase la programación necesaria para recaudar fondos de la solidaridad internacional; se redefina los programas de atención a desplazados a efecto de evitar las regresiones inconstitucionales, etc.

Posterior al fallo T-.025 de 2004, asumió la propia Corte Constitucional el control de la ejecución de los correctivos a las diversas autoridades, en unos casos dando nuevos plazos para su satisfacción y en otras aclarando el sentido de dichas órdenes, vinculando o comprometiendo a los órganos de control en tal supervisión. Hoy se habla de llevar a cabo un incidente de desacato contra el ejecutivo y resto de entidades vinculadas a la solución del problema de desplazamiento, dado el incumplimiento de las órdenes impartidas en el T-025 de 2004.

Por ahora nos interesa resaltar las posiciones asumidas por la Corte Constitucional al resolver la relación derechos fundamentales y democrática respecto de los derechos a la salud y de los desplazados, para deducir las diferencias al respecto, desde el punto de vista procedimental que debe asumir el juez constitucional en la democracia y particularmente en la democracia colombiana, dado que mientras en la salud no estimula la armonización y colaboración institucional y de poderes públicos, sino que imparte ordenes directa, en lo referente a los desplazados. Además se impulsa la deliberación, la solución armónica y concertada, promueve el cumplimiento de la ley y pone todo el aparato estatal en guardia para el cumplimiento de sus disposiciones constitucionales.

Y es precisamente ello lo que interesa al juez y estudioso constitucional; lo que pretende poner de presente esta investigación y de esa base fáctica, deducir cual es la más conveniente, para que se generalice, en lo posible, a la solución de los otros derechos, sean, los llamados civiles y políticos o económicos, sociales y culturales, dado que todos tienen una órbita de abstención, pero igualmente una de prestación, lo cual, inevitablemente va a poner en relación y colaboración fuerte a dos o más entidades estatales para su plena realización o por lo menos para su desarrollado dentro de su dimensión progresiva. Pero, ello será materia del último capítulo de este pequeño trabajo.

4. CRITICAS A LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA SALUD Y DESPLAZADOS

En el capítulo anterior se pone de presente las diferencias que existen en la misma Corte Constitucional sobre aspectos sustanciales y procedimentales al momento de desatar las acciones de tutelas presentadas en busca de la protección de los derechos de salud en general y las que se refieren a los derechos de los desplazados.- En cuanto a lo primero, son profundamente humana, que busca por encima de todo la satisfacción de las necesidades básicas para que el hombre pueda disfrutar de sus derechos fundamentales de manera cabal. Por ello, los pronunciamientos de la Corte Constitucional han ido recibidos con mucha alegría por los sectores populares, que son lo que por general se han visto favorecido por tales decisiones y por tanto aplaudida.

Pero si ello es así, no-menos cierto es que esa línea jurisprudencial, especialmente en lo referente al derecho a la salud, ha recibido fuertes críticas desde diferentes núcleos de interés, unas del lado de los economistas, otras del mismo mundo jurídico, como también desde la órbita del sector político.- A esto, el juez constitucional no puede ser ajeno, porque su propia tarea le impone escuchar al auditorio general y particular al que se dirige su decisión y especialmente, su naturaleza imparcial le impone tener abierto los canales de deliberación con todos los afectados en los temas de políticas públicas y la salud, como los derechos de los desplazados, constituyen ejemplos de ello.

Una primera crítica, es que la línea jurisprudencial acerca de la protección al derecho a la Salud, es que la Corte Constitucional, cuando mediante acciones de tutelas, impone al Estado gastos no previstos en el presupuesto nacional y específicamente en los presupuestos destinados al sector salud,

está desbordando su órbita de juez para introducirse en el mundo de la política, dado que es a los órganos de representación a los que le corresponde trazar las políticas públicas y determinar el volumen presupuestal destinado a satisfacer dicho derecho, dado que el Estado de derecho descansa sobre la división de poderes y el respeto de las órbitas de cada una de sus competencias. Si ello fuese posible, la Rama Judicial desplaza a la representación democrática sin ser ella misma democrática de origen.

Ahora bien, si los órganos de representación política han definido las políticas públicas, no les es dable a los jueces dejarlas sin efecto para favorecer decisiones individuales, porque desconocen aquella división de poderes y es ella una nueva intromisión de un ente por lo menos no democrático en materia propia de la democracia. En la academia y en el argot popular se ha dado por llamar a esta crítica “romper el sistema de seguridad social”. Es esta una crítica general, proveniente del sector político y económico contra los jueces y la Corte Constitucional en particular.-

Esta crítica es expresión de un debate más general que se viene dando en la doctrina constitucional comparada y que se concreta en el desconocimiento general de que los jueces puedan controlar las decisiones tomadas por el órgano representativo, lo que desde Bickel se ha denominado “problema contra mayoritario” y que se ha concretado por Roberto Gargarella de la siguiente forma: ¿cómo es posible aceptar que en una democracia, unas pocas personas, que no fueron electas popularmente, sean capaces de anular las decisiones tomadas por los órganos de representación democrático?

No es este el lugar para pretender entrar a despejar este cuestionamiento general, dado que desborda el ámbito de esta investigación, pero como presenta íntima relación con lo aquí tratado. En el capítulo segundo de este trabajo se dejó expresado las diversas teorías que se han esgrimido para justificar el control de constitucionalidad, a los cuales ha de remitirse el lector.- Es una realidad que la Constitución de 1991, para Colombia, estableció una democracia constitucional y el control constitucional para las decisiones del legislativo, por lo que sobre tal institución no es admisible controversia alguna, quedando ahora asumir partido por una de las justificaciones que en el derecho comparado se han dado al respecto, como efectivamente lo asume este trabajo como propuesta de dogmática que se expone al final de este capítulo.

De todas maneras, al parecer la Corte Constitucional es partidaria de la justificación del control de constitucionalidad desde la órbita kelseniana, de la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico nacional y el conjunto de normas que la propia norma de normas trae al respecto del

tema, combinada con una fuerte defensa valorativa de los derechos fundamentales . Así por ejemplo, en una oportunidad expresó:

“La posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquélla determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto, funda el orden jurídico mismo del Estado. La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos –congreso, ejecutivos y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como la ley superior precisa y regula las formas y los métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, norma normarum. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propio de la constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4.⁸⁷

En el documento que la propia relatoría de la Corte Constitucional estudia la línea jurisprudencial de esa Corporación respecto del control de constitucionalidad, comentando respecto de la justificación de dicho instituto jurídico, expresa:

La consecuencia que se deriva del principio de supremacía apuntan no solo al reconocimiento de una norma jurídica como piedra angular filosófico-política que rigen todas las actividades estatales y a cual están subordinados todos los ciudadanos y los poderes públicos, sino que legitima además las normas jurídicas que se expidan congruentes con ella. Dicho de otro modo: la Constitución es norma fundante de una dimensión tanto axiológica (v gr. Establece principios, derechos fundamentales y pautas interpretativas), como instrumental (proporciona los mecanismos para lograr armonía y coherencia en la aplicación de la Constitución), y en ese orden de ideas, el principio de supremacía da cabida a la consagración de garantías fundamentales, como fines

⁸⁷ Sentencia T- 06 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Op. Cit.

prioritarios del Estado y el establecimiento de controles de todo el ordenamiento y de una jurisdicción especial encargada de velar por su integridad. La integridad y supremacía de la Constitución ha sido considerada como “un derecho fundamental de las personas que bajo distintas formas se concede a ellas por la Constitución para vigilar su cumplimiento y obtener, cuando no sea así, que los poderes públicos ejerzan sus competencias dentro de los límites de la Constitución, se inspire en sus valores y principios y respeten, en todas las circunstancias, los derechos y garantías de las personas”⁸⁸.

Lógicamente que la argumentación que acepte cada operador para justificar su propia función, ha de reflejarse en su punto de vista y su practicidad, por lo que si la Corte entiende que el fundamento de su actividad deviene de su categoría de norma suprema, no tiene porque justificar su intervención en el resto de órbitas reguladas por el sistema jurídico, por cuanto ella es el órgano de cierre del sistema tomado como integridad, correspondiéndole al resto de autoridades y normas por ellas expedida que subordinarse a su irrigación jurídica. Y si ello es así, nada impide para que la Corte, mediante el control de constitucionalidad no-solo declare la ineficacia de una disposición del legislador, en sentido negativo, sino que igualmente pueda impartir órdenes, actitud positiva, al resto del estamento estatal. He ahí una primera aproximación a la actitud práctica asumida por la Corte Constitucional, cuando en protección al derecho a la salud, encontrado los presupuestos de procedibilidad de la misma, dado la violación del derecho, se limita a expedir la orden perentoria de que se cumpla con la entrega del medicamento o se practique el procedimiento quirúrgico omitido, en fin se restablezca.

El doctor Rodrigo Uprimny, criticando esta justificación, ha expresado:

“Estas justificaciones tienen elementos válidos y sustanciales que hacen que sigan siendo importantes. Por ejemplo, es indudable que si asumimos que la Constitución es una norma de superior jerarquía, que vincula al legislador, entonces debe haber un control constitucional por un órgano judicial o semijudicial. Así, según Kelsen, sólo la existencia de un tribunal constitucional, con esas características, asegura la vinculación del legislador a la Constitución ya que, como dice el jurista vienés, “no es pues, con el propio parlamento con quien hay que contar para hacer efectiva su subordinación a

⁸⁸ ESCRUCERÍA MANOLO, Humberto. Control de Constitucionalidad. Relatoria de la Corte Constitucional. Líneas jurisprudenciales. World Wide Web: www.ramajudicial.gov.co.

la Constitución” por lo cual hay que concluir que “una constitución que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico”.

Además, en la práctica jurídica nacional este enfoque irrigador supremo de la Corte Constitucional respecto, no solo del legislador, sino de las otras Corporaciones judiciales del país, ha mostrado su resistencia a ser aceptada, siendo expresión de ello los permanentes choques que entre ellas se han presentado y se seguirá presentando, en donde cada una reclama la supremacía de competencias en sus correspondientes ámbitos, lo cual hace inoperante tal justificación como posición de aceptabilidad general del control de constitucionalidad. Y consecuencia de ello la dispersión jurisprudencial que en el plano constitucional y legal se encuentra en el sector judicial, dado que cada rama atiende preferentemente a sus superiores jerárquicos.

Pero lo que conviene despejar en este trabajo no es la justificación del control constitucional en general, sino entrar a cuestionar si la línea de la Corte Constitucional, de ordenar los medicamentos, tratamientos y procedimientos quirúrgicos no contemplados en el Plan obligatorio o básico de salud tiene o no justificación sustancial, y definido ello, el impartir la orden directa a que tal medicamento, tratamiento o procedimiento sea satisfecho, es la forma más correcta de comportarse el juez constitucional. ¿O, por el contrario, dicho operador judicial debe mantener su actitud negativa, ante tales situaciones, incluso, frente a las negativas de las E.P.S. y A.R.S. de no hacer entrega de los medicamentos y procedimientos contemplados en el servicio de seguridad social? ¿O está extralimitando sus funciones, por cuanto lo correcto sería que el ciudadano recurriera a los instrumentos legales ordinarios o se le exigiese al legislador, quien es el competente para establecer normativamente el alcance del POS y POS-S?.

Tal actitud, ha sido el fundamento de la primera crítica a la línea jurisprudencial que sobre salud ha desarrollado la Corte Constitucional y que el doctor Salomón Kalmanovitz resume en los siguientes términos:

La Corte debiera además auto-imponerse límites a su poder absoluto cuyo despliegue ha mostrado ser inconveniente para el país. Es el único organismo del estado colombiano que no tiene otro poder que contrapesa su enorme influencia. Esto de por sí invita al despotismo legal y político. **Como lo ha indicado un grupo minoritario de sus magistrados, no es función de la Corte la de reemplazar las otras ramas del poder público, aun si se considera que estas se han equivocado. Sobre todo que no sustituya al Congreso en su representación de los contribuyentes –ciudadanos y**

en la asignación del presupuesto, lo cual atenta contra la esencia misma de la democracia. La forma de hacer política que se deriva de estas actuaciones de la Corte debilita la representación del pueblo. Unos magistrados nombrados por el Congreso y el ejecutivo entran a imponerle a los otros órganos de elección popular de qué manera se gastan los impuestos, sin ningún análisis técnico de por medio. Disloca entonces el equilibrio entre los poderes y usurpa a favor de la rama judicial funciones del gasto público que son exclusivos de los órganos elegidos democráticamente⁸⁹. (Resaltado fuera del texto)

Sea lo primero expresar que se debe efectuar la diferenciación de aspectos: Una cosa es que deba intervenir como regla general y otra diferente es que deba intervenir la Corte Constitucional en aspectos que clásicamente corresponde a otras autoridades y órganos, bajo condiciones específicas de tiempo y lugar histórico. Lo correcto es que no intervenga y que cada competencia sea desatada por el natural responsable. Eso sería lo ideal y en esa dimensión no es posible que la Corte Constitucional, sin crear perturbaciones en el orden jurídico, político y social, penetre o irrigue el ámbito de acción u omisión de otra autoridad, sin que a su vez exista norma constitucional que así se lo ordene. Es decir, en la Constitución ideal, normativa, no debe intervenir en aspectos adscritos a otros órganos. Y hacia ello debemos orientarnos.

Pero eso es y solo es en el plano ideal y abstracto, en la constitución que deseáramos y que sirve para valorar el progreso del estado de cosas constitucionales en cada momento histórico.

Pero la realidad nos enseña que aquel ideal no concuerda o pueda que no concuerde en una determinada etapa del recorrido histórico con la facticidad constitucional, sea porque una de esas autoridades no cumpla con sus competencias, omite sus responsabilidades, creándose una ruptura en la constitución ideal, que necesariamente ha de reflejarse en el desempeño integral del sistema, en tratándose del caso colombiano, refleja en el incumplimiento de la cláusula del estado social de derecho, pero en otras, con el mero estado de derecho.

Frente a este estado de desobediencia constitucional de algunos de los órganos que armónicamente deben actuar para la obtención de un fin sectorial o estratégico, no parece lógico, saludable y provechoso ni a la democracia ni al constitucionalismo que los otros órganos que puedan, por la

⁸⁹ KALMANOVITZ, Salomón. Los efectos económicos de la Corte Constitucional. En: Revista económica No 4. Banco de la República. p.3.

misma armonización y competencia normativa enmendar aquella falencia, igualmente se sume a la pasiva actitud de dejar pasar, dejar hacer, que en el campo social, económico y político, adquiere una dimensión de vida o muerte. Aquí, no solo puede sino que debe intervenir.-

Es decir, frente a la ruptura estratégica de la cláusula general del estado social de derecho por parte de un órgano, no es moralmente deseable que los otros responsables del bienestar general se solidaricen en sentido negativo: no retornar a la normalidad constitucional, aunque sea por vías no clásicas, sino a generar más deterioro y rompimiento de la constitución ideal, en tal caso, no respecto del órgano soberano omisivo, sino al sistema en sí mismo considerado.

Contrario a lo ideal, cuando uno cualquiera, aunque no sea el clásico competente para tomar una decisión, viene a enmendar las injusticias creadas por las omisiones históricas, de otros órganos o poder, simple pero siempre, serán vistas como loables, buenas y beneficiosas para la gran mayoría, que por lo general son los afectados por aquellas omisiones, aunque se corra el riesgo de que sean tildadas de intromisiones o decisiones populistas, como las ha bautizado el doctor Kalmanovitz. De que son intromisiones lo son, lo debatible es su justificación y los métodos para superarlo, porque de lo contrario, se torna en algo anormal en el funcionamiento del sistema, como se pondrá de presente en este estudio .En nuestra propuesta, asumimos este criterio y lo denominamos inconstitucionalidad por acción inducida por la inconstitucionalidad por omisión de la democracia.

Pues bien, frente a la ruptura concreta del sistema debe asumirse una posición .Vista frente a la Constitución ideal, el activismo de la Corte Constitucional sería visto como una intromisión ,incluso, en algunos casos como intromisión grosera en la ámbito de la democracia.-Pero, en lo particular, quiérase o no, esa intromisión es una solución a la omisión que los órganos democráticos frente a sus deberes constitucionales, que permite tenerla pragmáticamente como mejor solución.-Ello es claro y no admite discusión, dado que cualquiera de las actitudes que asuma la Corte Constitucional generará tensión con la democracia.-Lo que se discute es:¿debe ser ese activismo realizado de manera unilateral? La única manera de realizarla es impartiendo la orden omitida?

No compartir el activismo de la Corte Constitucional sería optar por la vía del regresismo o por lo menos del no progresismo en el desarrollo de los derechos fundamentales.-

Ahora bien, definido que es deber de actuación, incluso moral, jurídico y político, el que la Corte Constitucional se entrometa en las órbitas del

ejecutivo y del legislativo cuando éstos no cumplen con su cometido, ha de aceptarse que se expone a riesgos, que a su vez pueden ser por exceso o por reduccionismo, pero tales riesgos son menores que el mal generado por el acumulado de años de incumplimiento que genera desconfianza, pérdida de fe, rebeldía, resistencia de todo tipo y en general malestar social, político y económico. Exceso porque puede propasar los límites presupuestales y romper los marcos de la política pública prevista por la democracia en los casos de estudio y reduccionismo, porque asumió una actitud conservadora en las soluciones de los mismos casos. Pero en ambos hay que partir que de buena fe se intenta resolver una situación negativa. Por ello, no es justo ni moral atacar a quien pretende resolver situaciones de injusticia o de omisión cuando otros son los que han omitido o generado la injusticia. En consecuencia, en principio la crítica es infundada en cuanto las intromisiones o activismo de la Corte Constitucional en materia de salud y de desplazados.-

La misma Corte lo explica de la siguiente manera, en sentencia de primeros años de su formación:

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

En primer lugar; la razón de ser de tales derechos está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Dicho de otra forma sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia, o en términos del artículo primero de la Constitución, sin el respeto de la “dignidad humana” en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de

efectividad de los derechos clásicos e igualdad formal, se reducirá a un mero inocuo formalismo. Sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos son una mascarada y a la inversa, sin la efectividad de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales, son insignificantes.

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

Ante este dilema el juez debe actuar con prudencia y firmeza a la vez. En primer lugar, la intervención judicial en el caso de un derecho económico social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental. En estas circunstancias, el juez actúa bajo condiciones similares a aquellas que se presentan cuando debe resolver un problema relacionado con un vacío o una incoherencia de la ley. Es claro que en todos esos casos el juez decide algo que en principio le corresponde al legislador. Sin embargo, en estas precisas condiciones, la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir, implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional⁹⁰.

En igual sentido respondió esta clase de críticas el doctor Rodrigo Uprimny en su escrito citado más arriba, que pone de presente dos aspectos: que efectivamente el activismo judicial de la Corte Constitucional esta justificado jurídica en concreto, dado la omisión de las otras ramas del poder público en el cumplimiento de sus competencias , pero ello no permite concluir que sea lo ideal y genérico, como tampoco, las críticas ponen en aviso de cómo podría ser la mejor forma de esa “intromisión” de la corte, en campos del legislador o si es esa la manera mas armoniosa de colaboración y ejercer presión del juez constitucional respecto de los otros órganos en el

⁹⁰ Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Op. Cit.

cumplimiento de su rol en la democracia constitucional. Pero lo que si no es admisible es que la Corte Constitucional no pueda intervenir en asuntos omisivos de la política pública que los entes competentes no lleven a cabo.-

Ha expresado la Corte Constitucional y así lo ha puesto de presente el estudio jurisprudencial realizado en el capítulo tercero, que el derecho a la salud y la seguridad social no constituye derecho fundamental directo, sino que es prestacional, es decir, de los llamados Derechos Económicos, Sociales y Culturales y que para ser protegidos mediante acción de tutela se requiere que se demuestre una conexidad con un derecho fundamental, especialmente el de la vida y la protección integral de la persona. Y siendo así, corresponde a los órganos de representación democrática establecer las políticas públicas de protección de esos derechos y no al juez constitucional. Pero, debido a la conexidad, asume el juez constitucional competencia para proteger esos derechos económicos, sociales y culturales, en lo que la Corte Constitucional llama el núcleo esencial del mismo, dejando a los órganos políticos regular la forma de proteger el resto del ámbito del derecho, haciendo las regulaciones y destinaciones presupuestales que el estado de cosas le permitan, pero que de todas maneras debe ser progresivo y no regresivo, controlable por el constitucionalismo.

Haciendo esa separación de núcleo esencial y resto de ámbito del derecho , traslada la Corte al campo de los derechos fundamentales la primera parte y deja a la democracia lo no esencial, como lo de segunda mano y por tal vía emite la orden directa de protección por cuanto en este campo -de los derechos civiles y políticos- la constitución es de aplicación directa y plena, en la garantía de tales derechos.

¿Qué es lo que ha sucedido? Simplemente la Corte Constitucional amplía su concepto de supremacía y norma de normas justificante del control constitucional, trayendo al campo de los derechos fundamentales el denominado núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales, fragmentándolos, ampliando aquellos, a costa del principio democrático, pero sin poder establecer de manera objetiva hasta donde es posible poder llevar ese núcleo esencial, qué tan elástico es la esencialidad del derecho conexo.

Obsérvese que la misma línea jurisprudencial ha puesto de presente el peligro, lo que se protege es el núcleo esencial del derecho económico, social y cultural de salud que por conexidad se vincula con el derecho a la vida o de protección integral de la persona, pero la expansión de tal protección deviene por dos vías: a) expandiendo el derecho a la vida a límites insospechados, dado que no se hace un control estricto del mismo, sino dilatado, al abrir la brecha por vía de la vida digna y b) por la ampliación del núcleo esencial a la salud, que ha permitido ordenar toda clase de

prestación relacionada con salud y poner en peligro precisamente la teoría del núcleo esencial y no poder establecer fronteras de donde termina el mismo.

Pues bien, en el punto, las críticas se enderezan a cuatro principales aspectos: a) Es cierto que el derecho a la salud y el resto de derechos económicos, sociales solo son derechos fundamentales por conexidad? b) La diferencia entre núcleo esencial de un derecho conexo y el resto del mismo, es viable, es objetiva, segura y jurídica? c) la diferenciación en la teoría de los derechos, de manera tajante, entre derechos civiles y políticos y los prestacionales, es ajustada a la dogmática de los derechos fundamentales? y d) Constitucionalmente sería correcto que sea la Corte Constitucional la que establezca lo amplio o estrecho del núcleo esencial del derecho conexo, con qué criterio es posible ello, como definir la extensión de ese núcleo?.

La teoría de los derechos de las personas es una, integral y compuesta por derechos de diferentes calidades y dimensiones, pero, con la identidad esencial de ser triunfos de la humanidad frente a la intromisión de la negociación política. Pues bien, el contenido de esos derechos se ha clasificado entre derechos civiles y políticos, por un lado y en económicos, sociales y culturales, por el otro. Es decir, derechos fundamentales con diversos grados de desarrollo y exigibilidad, lo cual es entendible desde la filosofía del derecho como desde la órbita de la filosofía política.

En un primer intento por explicar las diferencias entre estos grupos de derechos, la doctrina comparada ha expresado, inicialmente, que los primeros imponen abstenciones al Estado más no prestaciones, para pretender explicar que la actitud estatal respecto de ellos se limitaba a no desconocerlos, a permitir sean ejercidos, a respetarlos en su ejercicio, pero no exigiendo erogaciones presupuestales para el disfrute por sus titulares. Por el contrario, los económicos, sociales y culturales eran distinguidos como aquellos que requerían regulación normativa de los órganos representativos democráticos y su ejercicio y garantía le imponía grandes inversiones al estado, constituyendo por tanto meros programas ideales de realización futuro y acorde con los ingresos de los competentes para desarrollarlos.

Pero, tal criterio clasificatorio ha sido desvirtuado no solo por la doctrina sobre los derechos sino también por los avances jurisprudenciales de los Tribunales Constitucionales e incluso por la misma Corte Constitucional Colombiana, en pronunciamientos diferentes al derecho de Salud, como se dejó entrever en el análisis jurisprudencial, sosteniéndose una tesis integralista de los derechos fundamentales, la cual se resaltará en esta oportunidad. Así, por ejemplo el doctor Miguel Carbonell ha expresado:

Una de las primeras cuestiones que hay que poner en claro para desarrollar una exigibilidad plena de los derechos sociales, es que no existe diferencia estructural de tal magnitud que hagan completamente diferente a estos derechos civiles y políticos (también llamados derechos de libertad o sencillamente libertades públicas).

De hecho, aunque es evidente que cada uno de los derechos fundamentales tienen un contenido diverso y despliega en consecuencia efectos normativos diferentes (por ejemplo, no es lo mismo el derecho a la información que la libertad de expresión; de igual manera no tiene contenidos idénticos la libertad de industria y la libertad de tránsito), no puede decirse que exista algo como una diferencia genética o estructural entre los derechos sociales y los derechos de libertad.

Contrariamente a lo que podría parecer, también los derechos de libertad requieren, para poder tener relevancia práctica y no queda como buenos deseos contenidos solamente en el texto de las constituciones, de actuaciones positivas del estado, los cuales conllevan en no pocas ocasiones importantes erogaciones económicas; conjugan por tanto obligaciones de no hacer y obligaciones de hacer para las autoridades. Lo mismo sucede con los derechos sociales, que generan para la autoridad tanto obligaciones de abstención como obligaciones de realización, que requieren de actividades prestacionales en muchos casos. Por otro lado, hay sectores de los derechos sociales que entrañan libertades en sentido estricto, como por ejemplo el derecho de huelga o la libertad sindical, que frente a las autoridades generan obligaciones de no hacer, de abstención y respeto (además de obligaciones de tutela, como en el caso de todos los derechos); en una situación parecida se encuentran aquellos derechos de los trabajadores que no requieren *prima facie* de prestaciones del estado para poder ser realizados, como el derecho a un día de descanso semanal, la limitación de la jornada laboral o el derecho a las vacaciones.

No hay, por tanto, "derechos gratuitos" y "derechos caros": todos los derechos tienen un costo y ameritan de una estructura estatal que, al menos, los proteja de las posibles violaciones perpetradas por terceras personas. Podríamos decir, en consecuencia, que un análisis detenido de las categorías "derechos civiles" y "derechos sociales", nos permitiría concluir que no hay elementos suficientes para

establecer una división clara entre ellas, y que las diferencias que pueden existir son más de grado que de sustancia; a partir de esa conclusión se puede defender también la tesis de la individualidad como de la interdependencia de los derechos⁹¹.

El artículo 93 de la C. P., permite la entrada al derecho interno de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, formando el denominado Bloque de Constitucionalidad y en materia de salud se integra con el Tratado Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fue ratificado en nuestro país mediante la ley. Dicho tratado en el artículo 12, contempla el reconocimiento del derecho a la Salud en los siguientes términos:

1. Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuran las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el ente encargado de interpretar el Pacto, ha expresado que el artículo 12 del Pacto, impone obligaciones mínimas y de carácter normativas a los Estados partes, las cuales precisa en los siguientes términos:

⁹¹ CARBONELL, Miguel. Breves reflexiones sobre los derechos sociales. Memorias del Seminario Internacional Sobre derechos económicos, sociales y culturales. México, 2005. p.49.

“Si bien el Pacto establece la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efectos inmediato. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la salud, como la garantía de que ese derecho sea ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del derecho a la salud.

La realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados partes. Antes por el contrario, la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de reavanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12.

Al igual que en caso de los demás derechos enunciados en el pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se ha aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.

Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud tiene tres tipos de niveles de obligaciones del Estado Parte: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover; la obligación de respetar exige que los estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere de los estados medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas en el artículo 12. Por último, la obligación de cumplir requiere que los estados adopten medidas apropiadas de carácter

legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud”⁹².

Cristian Courtis, quien estudia la incidencia de los tratados internacionales en el derecho interno respecto del derecho a la Salud, expresa:

“La consagración plena del derecho a la Salud como un derecho de raigambre constitucional ha tenido lugar indirectamente, a través de la concesión jerárquica constitucional a una serie de declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 75 inciso 22. Varios de estos instrumentos incorporan expresamente el derecho a la salud y mencionan su alcance, mandatos para el Estado, objetivos o metas de política pública en la materia y recaudos específicos referidos a grupos que requieren especial protección.

Así, el derecho es consagrado o mencionado expresamente en el artículo 25 de la Declaración Universal De Derechos Humanos, XVI de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, 12 del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales, 23 incisos 3 y 4, 24, 25, 26, 27, 32 y 39 de la convención sobre los derechos del Niño, 10 H), 11.1 e) y f), 11.2, 12, 14 b) y c), 16 e) de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, y 5 e.IV) de la Convención internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

... Pues bien, los principios de interpretación comunes a los tratados internacionales sobre derechos humanos prescriben la interpretación integradora y pro homine, es decir, la interpretación más favorable a la persona humana”⁹³.

Si ello es admitido y dispuesto por los entes internacionales que regulan la materia con alcances normativos internos, a lo cual no es ajeno nuestro país, la doctrina del derecho comparado sobre el punto igualmente defiende el concepto de que tales derechos Económicos, Sociales y Culturales forman parte de los derechos fundamentales y son derechos fundamentales sociales, diferenciados de los civiles y políticos en que aquellos no pueden

⁹² COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación general N° 14 -22 Período de sesiones (2000)

⁹³ COURTIS, Christian. La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud en la Argentina. Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales. México, 2005. p. 284.

exigirse plenamente y de manera general porque implican ser desarrollados progresivamente, pero que en razón de ello no constituyen meros puntos de referencias para las políticas públicas, sino que son exigibles e impone a los Estados conductas positivas reclamables. Así por ejemplo Robert Alexy⁹⁴, Víctor Abramovich, Cristian Courtis⁹⁵, Miguel Carbonell⁹⁶ y en el plano nacional Rodolfo Arango⁹⁷, entre otros, se identifican en el planteamiento de que los derechos prestacionales, son derechos fundamentales y forman parte de la teoría de los derechos, fácilmente admisibles si no se parte de un criterio restrictivo de los mismos sino de un criterio amplio o extensivo de los mismos, dado que

“una interpretación restrictiva del alcance del concepto de derecho subjetivo limita a normas legales el fundamento normativo de los derechos subjetivos; niega la existencia de deberes jurídicos implícitos como fundamentos de los primeros; identifica el fundamento de las posiciones jurídicas con la existencia de una norma jurídica explícita (criterio empírico).

El contraste, según una interpretación extensiva; las normas jurídicas de orden legal no son fuente exclusiva de derechos subjetivos. También las normas constitucionales, particularmente las de derechos fundamentales, consagran derechos subjetivos, en virtud de la fuerza normativa, esto es vinculante de la constitución (Art. 4 de la Constitución Política colombiana). Además según esta interpretación, existen deberes jurídicos tanto explicitados como implícitos. Los primeros están instituidos en normas jurídicas (p Ej. el deber de solidaridad del artículo 95 num. 1 C.P.); los deberes

⁹⁴ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de estudios Constitucionales Madrid 1997” De acuerdo a la interpretación clásica, los derechos fundamentales “están destinados ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a las intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado” Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son de derechos de acciones negativas (omisiones) del Estado. Pertenecen al estatus negativo en sentido amplio. Su contrapartida son los derechos a acciones positivas del Estado, que deben ser incluidas en el status positivo en sentido estricto. Si se presupone un concepto amplio de prestación, todos los derechos a acciones positivas del Estado pueden ser calificados como derechos a prestaciones del Estado en un sentido amplio; dicho brevemente: como derechos a prestaciones en sentido amplio. La cuestión de si y en qué medida a las disposiciones de derecho constitucionales deben adscribirse normas que confieren derechos a prestaciones en sentido amplio es una de las más discutidas en la dogmática actual de los derechos fundamentales. Especialmente se discuten los derechos llamados derechos sociales fundamentales, es decir, por ejemplo, los derechos a la asistencia social, al trabajo, la vivienda y la educación. Habrá de mostrarse que efectivamente estos derechos constituyen un sector importante de aquello que puede ser llamado “derecho a prestaciones”, pero no agotan su ámbito” p. 419.

⁹⁵ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Los Derechos sociales como derechos exigibles. Prologado por Luigi Ferrajoli. Edit. Trotta. Madrid, 2002.

⁹⁶ CARBONELL, Miguel. Breves Reflexiones sobre los derechos sociales. Memorias del Seminario Internacional. Defensoría del Pueblo. 2005.

⁹⁷ ARANGO, Rodolfo. El Concepto de derechos Sociales Fundamentales. Universidad Nacional Legis Primera edición. 2005. En el mismo sentido Oscar Parra Vera en el Derecho a la Salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales. Bogotá D.C. Defensoría del Pueblo. 2003.

implícitos son aquellos que pueden ser deducidos lógicamente de una norma jurídica (p Ej. el derecho a la vida es inviolable- Art. 11 C.P., presupone el deber jurídico de no matar) o de un conjunto de normas jurídicas mediante una interpretación sistemática.

Finalmente bajo la interpretación extensiva, una posición jurídica puede fundamentarse no solo mediante una norma jurídica, con lo cual se privilegiaría una interpretación literal o semántica, sino también mediante normas jurídicas adscriptas, con lo que se admite una interpretación teleológica y sistemática del derecho.

Una interpretación extensiva del concepto del derecho subjetivo debe preferirse a una interpretación restrictiva, debido al rol de los derechos subjetivos en los ordenamientos jurídicos modernos. Por otra parte, una base ampliada para la fundamentación de posiciones jurídicas no atenta contra la seguridad jurídica o libertad individual, ya que quien afirma tener un derecho subjetivo debe fundamentarlo jurídicamente en forma correcta⁹⁸.

Como puede apreciarse, tanto desde el punto de vista de los tratados internacionales, como de la doctrina del derecho comparado y nacional no es hoy admisible seguir sosteniendo la separación tajante entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos Económicos, Sociales y Culturales, como si se trataran de dos clases de derechos sustancialmente diferentes, sino que hay que tenerlos como uno y uno mismo, con diferentes grados de ejecutividad y a partir de ello, la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional, de que el derecho a la Salud es fundamental por conexidad, no se compadece al estado de reconocimiento de la teoría de los derechos en la época del constitucionalismo moderno, el estado del arte en el punto y los progresos jurisprudenciales especialmente en Tribunales de países de gran identidad social, político y económico al colombiano.

Ahora bien, vistos los derechos como unidad, pero también en lucha entre sus integrantes, la filosofía política permite comprender que los derechos propios del constitucionalismo sean más cercanos a la naturaleza de civiles y políticos, mientras que los derechos condición o presupuesto de la democracia, han de estar más cerca de su propia naturaleza y entre los extremos esenciales han de movilizarse una cantidad de derechos que

⁹⁸ ARANGO, Rodolfo. Los derechos Sociales fundamentales como derechos subjetivos. En: Revista Pensamiento Jurídico No 8, Universidad Nacional de Colombia. p. 67.

median, unos mas cercano a cada extremo, lo cual le da su naturaleza a cada derecho.

Los civiles y políticos son cercanos al constitucionalismo y no admiten participar del debate democrático, mientras que por el contrario, el elemento prestacional neto de los derechos, es del campo de la democracia, pero, como se ha explicado, los primeros requieren de prestación y los de prestación también imponen obligaciones de abstención. Por tanto podríamos decir que existen derechos civiles políticos-prestacionales y derechos prestacionales-civiles políticos, ello, en un estudio como un todo.-

Lo anterior no es otra cosa que el análisis metodológico dialéctico- empírico de la teoría de los derechos, que como lo estableció el estudio jurisprudencial y doctrinario, es una teoría integral. Pero que a su vez, cada parte de aquella unidad, muestra sus particularidades históricas, estructurales, desarrollo y exigibilidad, en una relación del todo a la parte.-Por lo que, vistos los derechos en el plano teórico y general diríamos que respecto de ellos estaría interesado tanto la democracia como el constitucionalismo, pero visto en específico cada derecho, él se integra más a un extremo que al otro: la democracia o el constitucionalismo.-

Superada esa deficiencia jurisprudencial, se ha de aclarar los problemas conflictivos que de ella se desprende, como el fragmentar los derechos sociales fundamentales colocando su núcleo esencial en la órbita de los civiles y políticos, por conexidad, dejando el cuerpo de los mismos para los prestacionales netos, cuando como se puso de presente, su garantía es progresiva y para todos y no a los que recurran a la acción de tutela y en un grado arbitrariamente establecido por el juez como núcleo esencial.

Igualmente se supera un foco de tensión entre la democracia y los derechos, dado que efectivamente al no proceder a impartir órdenes individuales de protección, igualmente se protege de manera integral los derechos de igualdad y libertad de todos, impulsando el compromiso de la democracia a que atienda sus responsabilidades.

Pero, igualmente pone de presente, que una cosa es la naturaleza de derechos social fundamental y otra, afín con ella, pero diferente, es la extensión concreta del contenido histórico de esos derechos, en lo cual entra a jugar otros factores, como presupuestales, fiscales, normativos, propios de las decisiones mayoritarias, lo cual es precisamente la fundamentación de la crítica atendible que se le efectúa a la tesis de la Corte Constitucional respecto al núcleo esencial definido por ella misma, pero de la cual no da claramente la forma de establecer ese núcleo y su dimensión. Pero que siendo el núcleo esencial de un derecho no fundamental sino prestacional llevado a fundamental no por si mismo sino por conexidad, no es posible

utilizar las otras técnicas como la ponderación y la proporcionalidad, que si es posible hacerlo si los tenemos como derechos fundamentales a secas pero con diferente grado de protección y realización.

Lógicamente, el mayor o menor desarrollo de un derecho fundamental de alguna manera ha de afectar el principio democrático, precisamente por la íntima relación que los dos elementos integrantes de la democracia constitucional, que impone idear la mejor forma de resolver, pero dentro de la coherencia de la teoría integradora de los mismos.-

Y esas críticas van a servir, para más adelante, exponer una metodología que permita al juez constitucional resolver aquellos choques sin asumir una intromisión, odiosa para las decisiones de la mayoría, de estar efectuando permanentemente reajustes a los planes de salud por cada acción de tutela presentada y que prospera. Pero esa metodología permite armonizar la teoría de los derechos y la democracia será expuesta en el capítulo siguiente, dejando por ahora claro que si bien las críticas a la posición jurisprudencial de la Corte son validas en este punto, no por ello podemos descalificarla, por cuanto con ella se resuelve las urgentes necesidades de los usuarios y se enfrenta las omisiones inconstitucionales de las actitudes negligentes y de retroceso que asumen algunos entes encargados de la prestación de salud, especialmente a los sectores más necesitados de la sociedad.

Una tercera crítica que se le enrostra a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto a la protección del derecho a la salud, se fundamenta en el hecho de que al estar el juez constitucional ordenando drogas y procedimientos quirúrgicos, protegiendo el mínimo vital y otros elementos que no se encuentran en el Plan obligatorio de Salud mediante acciones de tutela, se crea una casta de privilegiados del sistema no ordenado por decisión de las mayorías, ni de los médicos tratantes, sino por el juez, que como se ha expresado es considerado un operador al margen de los órganos democráticos. Tal posición se convierte en perjuicio para los afiliados que no han presentado acciones de tutela, que si tienen que esperar el turno ordinario para la satisfacción de sus necesidades de protección, muy a pesar, de cubrir sus cuotas al sistema. Peor aún, al ordenar cubrir tratamientos costosos no tenidos en cuenta al momento de trazar los programas, impide que esos dineros puedan favorecer a un número mayor de usuarios mediante políticas preventivas o curativas de masa. Y que no decir, respecto con los ciudadanos que ni siquiera están inscritos en el sistema de seguridad social, en ninguno de sus regímenes, sino de oferta.

Es indudable que estas críticas son fuertes contra la orientación jurisprudencial de la Corte Constitucional en cuanto al derecho de Salud, teniendo en cuenta que ellas pueden provenir de un sector que entiende el

derecho solo y solamente atendiendo sus consecuencias económicas y a través de costos, pero también puede provenir -es el aspecto bueno de la crítica- de un sector que considera que al proteger el derecho a la Salud, la Corte solo ve y estima protegible el aspecto constitucional, el derecho y no lo sumerge en el impacto social y económico que tal decisión pueda generar en una democracia, especialmente en el desarrollo del derecho esencial a la igualdad, tanto formal como sustancial. La crítica apunta a que la línea asumida por la Corte Constitucional en salud se apuntala en una concepción instrumentalista y alineada en la valoración individualista liberal, libertaria, que desconoce lo social como posición que integra la protección del derecho pero desarrolla el derecho fundamental de igualdad.

Es más, estas críticas toman fuerza debido a que un sector de la misma Corte Constitucional, como lo son los doctores Cifuentes y Naranjo, en la C-747 de 1999, expresaron:

El desgano o impericia de los órganos competentes del Estado - que no pueden ser tolerados por el pueblo, que en todo momento podrá apelar a los instrumentos de participación y control que le entrega la democracia - no puede ofrecerse como excusa para que la Corte intervenga en determinación o eliminación de una política pública, por fuera de su función originaria de control de constitucionalidad.

Un punto fuerte y sorprendente para los críticos sobre este aspecto, es que, conocido el desarrollo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha alcanzado en cuanto del derecho a la igualdad, no solo definiendo su contenido en múltiples campos y providencias, sino que ha dado cabida en ella a los diversos métodos avanzados para establecer cuando en un caso concreto se ha desconocido este derecho constitucional, sin embargo en materia del derecho a la salud, no aplica la misma jurisprudencia, sino que incluso, se viene en su contra.-

En cuanto lo primero, ha expresado que la igualdad es un “valor (preámbulo) que implica la imposición de un componente fundamental del ordenamiento; la igualdad en la ley y ante la ley (Art. 13 inciso 1, desarrollado en varias normas específicas) fija un límite para la actuación promocionándole los poderes públicos; y la igualdad promocional (Art. 13 incisos 2 y 3) señala un horizonte para la actuación de los poderes públicos”⁹⁹ Y respecto de lo segundo, la Corte, en diversas decisiones ha utilizado los métodos más avanzados de la doctrina comparada, llamados test, para definir cuando se desconoce o no el derecho fundamental a la igualdad. Uno proveniente de la jurisprudencia norteamericana llamado test ponderado de igualdad, otro del

⁹⁹ Sentencia T-530 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional de Colombia.

constitucionalismo continental llamado test de proporcionalidad y en su práctica logró integrar estos test en uno nuevo llamado test integrado de igualdad, que explicó en los siguientes términos:

“Este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por el cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por este tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad estricto sensu. Sin embargo, a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los test estadounidenses”¹⁰⁰

Producto del estudio realizado sobre la línea jurisprudencial de la Corte respecto del derecho a la igualdad, un grupo de estudiosos, expresó a manera de conclusión:

“La jurisprudencia constitucional sobre igualdad está centrada esencialmente en el control de las violaciones a la “igualdad de trato”, más que en cualquier otra condición. Eso lo demuestra no solo la dogmática conceptual sobre el tema y el sentido del test de igualdad sino también la naturaleza de las reglas derivadas de las líneas jurisprudenciales estudiadas. Sin embargo, esto no significa que la Corte ignore los problemas de igualdad material y la importancia de la corrección de las desigualdades sociales, sino que esos temas tienden a ser discutidos, ya sea como elementos que justifican distanciamientos de la igualdad de trato (acción afirmativa), ya sea como problema de realización de derechos sociales”¹⁰¹.

Como puede apreciarse, no tiene explicación para los críticos que una Corte Constitucional que ha desarrollado su propia técnica de estudio respecto de un derecho que se ha considerado uno de los más fundamentales en su trabajo, como lo es el de igualdad, no haya aplicado ese desarrollo al campo del derecho de salud en sus propias decisiones para confrontarlo con la igualdad de trato entre quienes recurren a la acción de tutela y quienes no;

¹⁰⁰ C-093 de 2001.

¹⁰¹ BORRERO, Camilo; GALVIS, María Clara; ROJAS, Danilo y UPRIMNY, Rodrigo. Análisis jurisprudencial. La igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Pensamiento Jurídico No 15. Universidad Nacional de Colombia. p. 368.

entre el orden creado por la democracia como rasero de igualdad común para todos los ciudadanos y el orden creado por las órdenes de tutela; entre los beneficiarios de las órdenes de tutela y los que no tienen orden de tutela, incluso con quienes no pertenecen al sistema, pero pueden verse favorecidos con políticas públicas de prevención.-

Desde este punto de vista las críticas son razonables y correctas, lo que presupone un esfuerzo por construir una línea que tenga presente esta observación, lo cual se manifiesta con mayor acento en los países de poco desarrollo económico, donde el presupuesto para atender la protección de políticas públicas son escasos. Por ejemplo, en tales circunstancias, ¿sería más ajustado a la democracia ordenar 10 tratamientos catastróficos, de alto costo, o planificar una campaña de prevención infantil, vacunación preventiva de meningitis?

Nicolás Espejero Yaksic pone de presente que en los Tribunales Constitucionales de los países del tercer mundo o periféricos se viene desarrollando una jurisprudencia vigorosa de protección de los derechos prestacionales confrontándolo con el de igualdad, en la medida que el progresismo de aquellos no se efectúe favoreciendo una costa especial sino que redunden en aras de la comunidad. Es así como el pie de página de su artículo ¿quién debiera creer en los Desc?, expresa:

“Cabe destacar en este sentido, las decisiones sudafricanas sobre vivienda y salud adoptadas en casos como *Soobramoney v Minister of Health (Kwa-Zulu-Natal)*, Constitutional Court of South África cct 32/97,26 November 1997; *Grootboom v Oostenberg Municipality* Ors [1999] ICHRL 173,17 December 1999, High Court of South África, Cape of Good Hope Provincial Division y; *Minister of Health et al vs. Treatment Action Campaign (TAC) et al.* Constitutional Court of South África, ACT 8/02, July 2002. Paralelamente, resulta instructiva en esta material la jurisprudencia constitucional colombiana de casos sobre el llamado “estados de cosas constitucionales” (Sentencia SU-559 DE 1997).y sobre “mínimo vital” (entre otras, Sentencia SU-225 de 1998, T-850 DE 2002 Y t-680 DE 2003). En esta materia, véase, R. Arango, Op. Cit, pp. 212-36 y Mauricio García Villegas, “Derechos Sociales y Necesidades Políticas. La Eficacia Judicial de los Derechos Sociales en el Constitucionalismo Colombiano, en *Boaventura de Sausa Santos y Mauricio García Villegas, El Caleidoscopio de la justicia en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, t- 1, Bogotá, Varios Editores, 2001, Pág. 455-83. Finalmente, la Corte Suprema de la India, también ha desarrollado una interesante jurisprudencia en materia de

derechos a la alimentación y derecho a la vida. Para una recopilación y presentación de la jurisprudencia India, véase, COLIN Gonsalves, P. Armes Kumar y Anup Kumar Srivastara (eds), *Right to Food*, 2ª ed., New Delhi, Human Rights Law Network, 2005¹⁰².

Esto es una cosa y es lo que se acoge de las críticas que se le hacen a la Corte Constitucional en cuanto al derecho a la igualdad y se pretende atender en la propuesta de línea que en esta investigación se insinúa.

Pero otra muy diferente por cierto es la concepción que se puede esconder en la crítica: el juez constitucional antes de tomar una decisión e impartir un orden debe primero y por encima de todo tener en cuenta, como criterio determinante, el consecuencialísimo económico de tal decisión. De tal manera que si el juez no efectúa ese trabajo de ponderación, donde las consecuencias económicas, no solo no generen trauma a la democracia, sino que genere utilidades al sistema, no debe tomar la decisión ni impartir el orden. Es decir, el derecho y la protección de los derechos como efecto de la eficiencia y rentabilidad de la economía. He ahí una crítica desde la órbita elitista del instrumentalismo libertario, en donde los derechos deben subordinarse a la utilidad que las soluciones brindan al sistema sin tener en cuenta lo social, el que las instituciones no solo deben tener en cuenta el individuo en sí mismo considerado sino el contexto social, económico y político en que se desarrolla y despliega sus efectos transformadores.

Este es el aspecto no compartido de las críticas a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en salud, pues conlleva al predominio economicista o consecuencialista sobre el derecho, lo que en la práctica conduce, sino siempre, en las generalísimas de las veces, a desconocer el o los derechos. Carlos Santiago Nino describe la concepción económica de la democracia en los siguientes términos:

“La concepción económica de la democracia es a veces una variante del utilitarismo. Los defensores de esta teoría sostienen que la política democrática funciona como el mercado, en el sentido de que hay productores de algunos

bienes -los políticos y sus políticas que compiten para conformar a los consumidores. Los consumidores son los votantes que negocian con los productores hasta que alcanza el equilibrio óptimo.

¹⁰² ESPEJERO YAKSIC, Nicolás. ¿Quién debería creer en los DESC? Memorias del Seminario Internacional Sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales. p.31.

Desde un enfoque más normativo, el equilibrio óptimo hacia el cual supone conduce la democracia como mercado conlleva un estado de cosas que es socialmente beneficioso, no importa cuales sean las preferencias o intereses de los participantes en el proceso. De este modo, la justificación económica de la democracia, como el análisis económico de cualquier institución, descansa sobre la idea de la existencia de una “mano invisible”. Un estado de cosas socialmente valioso puede ser alcanzado por medio de una estructura tendiente a llegar a ese estado valioso a pesar de que sus actores puedan ser indiferentes a ello o estén exclusivamente concentrados en su auto interés”¹⁰³.

Esta concepción resuelve la relación democracia-justicia desde dos posturas extremas: a) Subsumiendo las consideraciones de eficiencia a las de la justicia o b) subsumiendo la justicia en la eficiencia. Aquí la eficiencia es entendida como la maximización de las riquezas y para que ella sea criterio de justicia debe entenderse que para aplicar este criterio debe aceptarse que la distribución de las riquezas se ha efectuado y que la eficiencia es a partir de ese estado de cosas patrimoniales. Por tanto, bajo este criterio no es posible pensar en factores como la equidad y redistribución de recursos.

Pero además, para la época de hoy, del neoconstitucionalismo, este modo de ver la justicia atenta con la propuesta de hacer cada día más plenos los derechos de las personas, que vistos desde la órbita de la eficiencia como criterio de justicia, se toman como simples intereses o preferencia que se integra al mercado y entonces solo es desarrollable hasta la medida que es rentable para la democracia.

Quiere decir lo anterior ¿que el constitucionalismo debe pensar en la realización de los derechos, sin tener en cuenta las consecuencias económicas de su decisión? ¿Debe el derecho pensar solo en tecla jurídica o por el contrario debe integrar su razonamiento con la democracia y por ende pensar en las consecuencias de sus decisiones?

No hay duda, como se expresó, que todo derecho, quiérase o no tiene su particular forma de reportarse en el campo de los costos y gastos. Unos más que otros, pero todos, tienen incidencia en la democracia, en las decisiones de la representación mayoritaria, lo que presupone que cualquier derecho afecta a otros derechos y las políticas prestacionales y por otro lado, como se ha dejado visto, en el campo prestacional, es rasgo esencial su progresividad, por tanto, a mayor bienestar económico mayor ha de ser la

¹⁰³ NINO, Carlos Santiago. La Constitución de la Democracia Deliberativa. Op. Cit., p. 115.

protección y satisfacción de los derechos, con lo cual se demuestra la relación íntima que se presenta en las decisiones que implican protección de un derecho y la economía, es decir, entre constitucionalismo y democracia. Pero esa relación debe darse en sentido de interdependencia y complementariedad, que maximice los derechos pero a la vez tome en cuenta los efectos de las decisiones, de tal manera que sea una protección realista y que privilegie la igualdad en cuanto ese derecho.

Este problema es planteado por el profesor Hernando Torres Corredor cuando se pregunta ¿hasta dónde puede ir argumentativamente el Juez constitucional, cuando toma una decisión jurídica respecto de sus consecuencias económicas? ¿Hay herramientas analíticas que permiten, bajo la elaboración de hipótesis predecir algún comportamiento de la ley, predecir sus impactos? ¿Se supone que las decisiones, en estos casos jurisprudenciales, son en todos sus partes neutras? Y de cara al mercado, ¿hasta dónde debe ir el Estado y hasta dónde debe ser autónomo el ejercicio económico, la libre empresa y las decisiones de las autoridades económicas públicas?”¹⁰⁴, que fue contestada por el doctor Uprimny, en términos generales, de la siguiente forma:

“En síntesis, los jueces no pueden ignorar totalmente los efectos de sus decisiones, pues la convicción de que se debe hacer justicia, aunque perezca el mundo, no parece razonable en una democracia. Por ello, es necesario que los Tribunales Constitucionales consulten y escuchen a los expertos y peritos en estas materias, y de ser posible, que cuenten incluso con equipos técnicos capacitados de economistas, que pueden asesorarlos de manera imparcial. Y lo cierto es que, en la práctica, la Corte Constitucional colombiana ha tratado de avanzar en ambas direcciones y no solo en el campo económico sino en muchos otros temas, como lo muestra numerosas sentencias en donde han tomado decisiones basándose en amplias consultas a los expertos, y en donde ha evaluado cuidadosamente las eventuales consecuencias de su determinación.

Sin embargo, los cálculos consecuenciales de tipo puramente económico y sociológico no pueden ser el criterio esencial de la decisión judicial. En ese contexto la distinción propuesta por Amartya Sen entre un análisis que sea “sensible a las consecuencias” y un análisis totalmente consecuencialista, resulta muy sugestiva, pues uno de los

¹⁰⁴ TORRES CORREDOR, Hernando. La Corte Constitucional entre la economía y el derecho. Pensamiento jurídico N° 15. Universidad Nacional. p.167.

retos más difíciles e interesantes de una buena dogmática constitucional es incorporar esa dimensión consecuencial, a fin de construir argumentaciones que sean sensibles a las consecuencias, sin que el derecho se disuelva en un puro cálculo pragmático de los eventuales efectos financieros y sociales de las sentencias”¹⁰⁵.

Y que Carlos Santiago Nino defiende cuando expresa que:

“Si consideramos la inviabilidad de estas dos formas extremas de relacionar los principios de justicia y eficiencia, la alternativa más razonable es concebir estos principios como mutuamente independientes. Si procedemos de esta forma, debemos admitir la prioridad de las consideraciones de justicia sobre las de eficiencia porque la estructura del discurso práctico determina la supremacía de las razones morales sobre las prudenciales. Debe considerarse que la preocupación por la eficiencia no es éticamente neutra sino que implica una distribución de recursos que puede estar seriamente en tensión con las demandas de justicia. Uno debería tomar en cuenta la eficiencia para evaluar el valor de, por ejemplo, el mercado a fin de que éste no se oponga a consideraciones de justicia y alcance máximos resultados con costos mínimos”¹⁰⁶.

La conclusión a que podemos arribar frente a esta crítica respecto la posición de la Corte Constitucional en cuanto a su línea jurisprudencial en salud, es por un lado, su atinado sentido respecto de no aplicar el operador judicial su propia posición sobre el derecho a la igualdad de trato y sustancial, pero por el otro, desestimarla respecto de la extrema exigencia que debe sujetar su pronunciamiento, primero que todo, a las consecuencias económicas de sus decisiones, cuestión que desde ya juzgamos equivocada, pero no excluida de la tensión estudiada. La armonización entre las posiciones humanitarias y el principio de igualdad social no se obtiene de formulas mágicas ni existe solución preestablecida, pero el contexto social, la utilización de criterio de participación y la ampliación del auditorio deliberante con todos los afectados con la política pública que en todas las instituciones deben contribuir, de algo debe servir para encontrar una mejor solución a la realización del derecho a la salud, en particular y a resolver la tensión entre constitucionalismo y democracia en general.

¹⁰⁵ RODRIGO UPRIMNY, Yépes. p. 16.

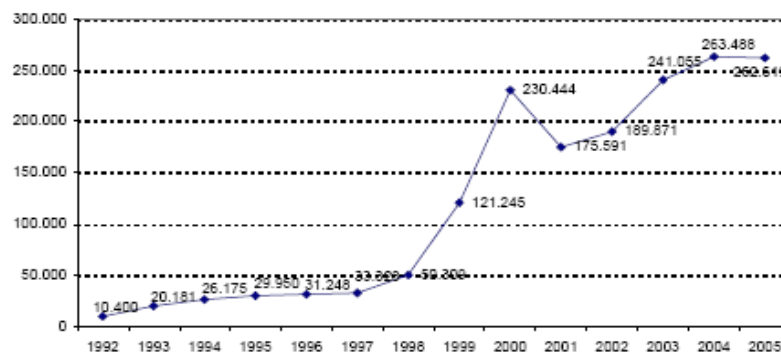
¹⁰⁶ NINO, Op. Cit.

Finalmente, no tanto como crítica a la Corte Constitucional, porque ella sería propiamente víctima de la realidad judicial, es que hoy no hay duda que la acción de tutela se ha convertido en un trámite previo y necesario para poder obtener la seguridad social, los medicamentos, procedimientos y resto de dispositivos que incluso el mismo plan básico reconoce a sus afiliados sin tutela. Expresan los mismos funcionarios de E.P.S. y A.R.S. que no es posible hacer entrega de determinado producto si no se acude por el usuario a la acción de tutela, congestionando innecesariamente los estrados judiciales, en el mejor de los casos, pero también, con la idea de salvarse de la entrega de dichos medicamentos, dado que todos los usuarios no recurren al mecanismo constitucional, amén del generar una casta de personas dedicadas a realizar tutelas a los alrededores de los palacios de justicia, estimulando la corrupción y el aprovechamiento de los usuarios que se ven obligados a cancelar alguna suma por la elaboración de las mismas. Este aspecto nocivo es una de las consecuencias negativas, aunque no deseadas, de la posición de la Corte Constitucional respecto del derecho a la salud, que con la propuesta aquí defendida ha de desaparecer o atenuar grandemente.

Basta analizar las estadísticas que la misma relatoría de la Corte Constitucional brinda, como los estudios realizados al respecto para comprender la dimensión del problema desde el punto de vista pragmático. Pero la dimensión del mismo se potencializa cuando se observa desde ángulos jurídicos y sociales: el orden y prioridad de salud no lo definen los médicos sino el orden en que se van decidiendo las acciones constitucionales; un problema de política pública se traslada a un problema judicial; una omisión en el campo del cumplimiento de obligaciones administrativas (EPS y ARS) se traslada a los jueces, a los carteles de la tutela.

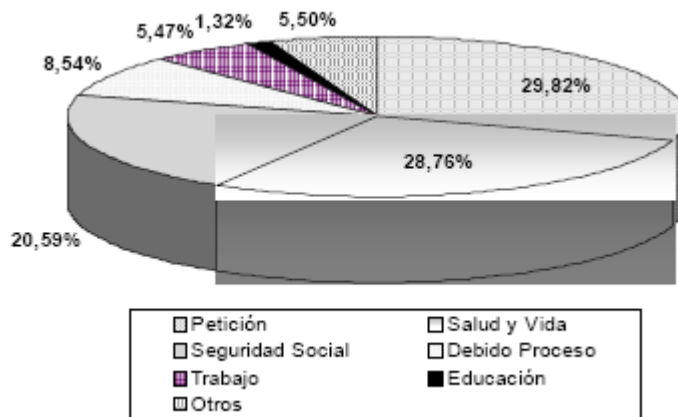
Gráficamente se podría presentar la situación de la siguiente forma:

Evolución de las tutelas



Fuente: Ámbito Jurídico del 3 al 16 de julio de 2006.

Derechos invocados en la tutela



Fuente: Ámbito Jurídico del 3 al 16 de julio de 2006.

En fin la posición humanista de la Corte Constitucional, de proteger los derechos, loable punto de vista, se ha tornado en cómplice de la irresponsabilidad de quienes deben velar por la progresividad de los derechos prestacionales y trazar políticas claras y metas definidas de su realización; una línea humanista se ha tornado en el primer obstáculo para trazar el alcance de esa meta sectorial o estratégica en el derecho a la Salud, dándole salida a la rebelde conducta de los empleados administrativos de resolver atentamente las solicitudes de los usuarios y las órdenes médicas; la línea humanista de la Corte también se ha tornado en un obstáculo para la resolución armónica de la tensión derechos democracia, porque solo privilegia el elemento constitucionalismo a costa de las políticas que debe trazar la política legislativa y convirtiéndose en el factor de congestión mayor de los estrados judiciales y motivos de quejas entre las cortes por la sobreabundancia de acciones de tutela. Incluso, indirectamente, esta tutelitas que en algo se ha estimulado para la realización del derecho a la salud y otros derechos, ha sido y es utilizado por los enemigos de la acción de amparo para pretender desarticularla, desmontarla en nombre de su “reforma”.

Este que constituye un efecto de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional de resolver lo que otro no resuelve, sería una de las críticas que dejarían de tener peso al asumirse el punto de vista que proponemos en el capítulo quinto, dado que al comprometer el juez constitucional a quienes se vean involucrados en la solución progresiva y responsablemente del derecho a la salud integral y comprometiéndolos como sujetos libres, iguales y racionales, los aspectos de la democracia los atiende la democracia y los

aspectos del constitucionalismo, a través de la realización y protección de los derechos, pero con la vista puesta en el desarrollo no de un elemento, sino como expresión del fortalecimiento de la unidad mayor: la democracia constitucional.

A estas críticas, la Corte Constitucional las ha respondido no atendiendo lo bueno y sirva a la mejoría de la línea jurisprudencial, sino reforzando el punto de vista de los derechos, es decir, desde el extremo constitucional, cual es la cláusula de inmunidad del estado social de derecho: Ella protege los derechos -lo cual no está en discusión- porque ellos son conquistas o cartas de triunfo frente a la democracia y por lo tanto están por fuera del ámbito de discusión y negociación de la política mayoritaria, ni su realización atada a la disponibilidad presupuestal.

Esta defensa es válida pero unilateral o por lo menos insuficiente en una democracia constitucional, que si bien es lo último, también es su opuesto: democracia. Pero además, fácticamente se ha tornado en contra de la filosofía general que sobre los derechos la misma Corte ha establecido y en donde más ha avanzado, como es el derecho a la igualdad de trato y la igualdad sustancial; en congestión judicial y en solución en un solo sentido, que se impone superar para el bien general de los derechos y de la democracia. Para ello nuestra propuesta.

5. EL DERECHO A LA SALUD EN LA DEMOCRACIA COLOMBIANA Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Como se ha expresado, este trabajo se concreta al estudio del control de constitucionalidad respecto de la particular línea jurisprudencial al derecho de la salud y de los desplazados establecida por la Corte Constitucional, en una democracia liberal y pluralista como la Colombiana.-

Hemos sentado como premisas generales lo que entendemos por democracia y por control de constitucionalidad. Igualmente puesto de presente la naturaleza de la democracia colombiana y sus principales obstáculos para obtener pleno desarrollo hacia todos los ámbitos de la vida nacional. Ahora, integrando todo ello, procederemos a esbozar una propuesta de control constitucional deliberativo.

El derecho fundamental a la Salud, desde la orbita constitucional, ha dado origen a muy variadas acepciones, que el doctor Rodrigo Uprimny, ha resumido en siete alcances, así:

“Un primer aspecto es la protección del cuerpo y la salud de la persona contra injerencias ajenas. En este caso, el derecho a la salud prácticamente se confunde con el derecho a la integridad física y psíquica pues implica una inmunidad frente a ataques de otra persona o del propio Estado, y su alcance puede formularse de la manera siguiente:”nadie puede atentar contra la salud de otro”.

Un segundo componente del derecho a la salud aparece cuando éste se conecta con problemas de salud colectiva. Es decir, no estamos frente a una problemática individual de acceso a servicios sanitarios, o de protección de la salud personal contra un ataque de un tercero, sino que se trata de problemas de la colectividad, o de la salubridad pública, que

puede afectar gravemente la vida e integridad de las personas, como sería por ejemplo asuntos de recolección de aguas negras, tratamientos de aguas residuales, suministro de agua potable, recolección de basuras, contaminación ambiental o auditiva etc.

Un tercer tema tiene que ver con las tensiones que pueden surgir entre los debates estatales de protección a la salud y el reconocimiento de la autonomía individual, que en este campo implica lo que podría llamarse un derecho de la persona sobre su propio cuerpo.

Muy vinculado al anterior aspecto, pero sin confundirse con él, tenemos los problemas asociados a los derechos de los usuarios del sistema a Salud en el propio acto médico, es decir, los derechos del paciente frente al personal sanitario.

Una quinta dimensión del derecho a la Salud surge cuando uno articula ese derecho al principio democrático y participativo, pues implica que los usuarios y la comunidad deben tener la posibilidad de participar en la formulación, gestión y control de las políticas de salud.

Y una última perspectiva, es aquella que tiene que ver con el acceso a los servicios sanitarios, es decir el derecho a recibir atención, tratamiento médico y suministro de medicamentos en caso de enfermedad¹⁰⁷.

Luego, esta investigación presenta otra restricción a su ámbito temático, cual es el que se limita al estudio de la línea jurisprudencial respecto del acceso a la salud que la Corte Constitucional ha desarrollado frente a lo que la democracia liberal y pluralista exige de ella para no violentar la protección de la salud pública como la individual, respetando a su vez la relación entre los principios tanto liberales como democráticos, más no a las otras acepciones en que puede verse involucrado el derecho a la salud.-

Hecha la anterior precisión y establecido en el capítulo cuarto que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo y de naturaleza mixta, en el sentido que su satisfacción es inmediata en su núcleo esencial, asimilable a los otros derechos fundamentales, pero igualmente participa de la naturaleza de los derechos llamados por algunos prestacionales, cuyo contenido

¹⁰⁷ UPRIMNY YÉPES, Rodrigo. El derecho a la Salud en la Jurisprudencia constitucional colombiana. La Salud Pública Hoy. Enfoques y Dilemas Contemporáneos en Salud Pública. Universidad Nacional. Bogotá: 2002. p. 316.

depende de las políticas democráticas o públicas de los diversos Estados, especialmente del desarrollo presupuestal de las democracias.

Esta concepción se opone a la que pregona que el derecho a la salud no es autónomo y que en consecuencia solo pueden ser protegibles cuando el legislador les ha dado desarrollo legal y hasta ese alcance, lo que impuso que su garantía solo es posible obtener mediante la tesis de la conexidad con un derecho fundamental, especialmente el de la vida digna, la integridad personal. Este enfoque se apoya en que esos derechos generan obligaciones positivas para el Estado, no siendo aceptable que se le impongan cargas a través de amparos, que alteren el presupuesto general rompiendo la planificación para la respectiva gestión económica. Además, consideran los autores partidarios de esta tesis que al ser los derechos Sociales, Económicos y Culturales de difícil concreción no pueden aplicarse y exigirse. En esta posición se encuentran los Tribunales Constitucionales de Italia y España. Pues bien, ¿de dónde proviene el contenido concreto de estos derechos, especialmente cuando en el país no existe ese desarrollo legislativo o peor aun, cuando la ley que pretende desarrollarlo, asume una actitud omisiva a tal protección? ¿Qué conducta tomar?

Lo anterior conduce a la siguiente situación: a la actitud pasiva de limitarse a expresar que como no existe ley que permita la protección de acceso a la salud en cuanto medicamentos o atención medica respecto de una determinada medicamento o procedimiento, el juez constitucional debe negar la protección solicitada. O por el contrario, asume una posición proteccionista, humanitaria, ordenando contra la omisión o contra la prohibición legal, la protección a tales servicios. Si asume esta ultima actitud, debe pensarse en el limite de esa protección: ¿todo el tratamiento y a todos los que la necesiten, pedida por acción de tutela? ¿Cuál sería el límite de tal protección desde el punto de vista presupuestal? ¿En qué casos se debe proteger ese acceso a la salud? ¿Existe algún criterio objetivo y no meramente humanitario para ese límite? ¿Lo hay desde el punto de vista jurídico o meramente humanitario?

Obsérvese que en la línea jurisprudencia estudiada, las acciones de tutela dejaron claro las siguientes subreglas, todas nacidas del concepto del derecho a la salud como derecho en conexidad: Por calidad de vida se impone inaplicar la normatividad que impide la entrega de drogas y tratamientos no contempladas en el POS; no es posible mantener a una persona soportando permanente dolencia, porque ello constituye trato cruel e inhumano, que impide una vida digna; lo protegible del derecho a la Salud no se limita a simple mejora, sino a la superación total de la enfermedad, lo cual incluye a) evitar las condiciones producidas por la enfermedad, sean físicas o psíquicas b) evitar las secuelas de las mismas y c) superar la condición de

limitación física que padece la persona como consecuencia de la enfermedad; inaplicación del régimen de exclusiones del POS frente a casos especiales donde el derecho a la salud tiene conexidad con el derecho a la vida digna; la protección a los graves trastornos psicológicos que impiden continuar la vida normalmente, porque compromete la vida digna; por reglas general las cirugías estéticas no son protegibles por tutela, pero cuando ellas se conectan con dolores y malestares físicos, son protegible por vía de conexidad con la vida; el suministro de prótesis mamarias cuando afecta la integridad física, moral y psíquica; el derecho a vida normal sexual, por lo que se ordenó la entrega de viagra a las personas que padecen de disfunción eréctil; para solicitar la entrega de hormona de crecimiento cuando la estatura de un menor es inferior al promedio de la población; los problemas de visión que afecte la vida digna etc. En fin, del grafico que por derechos se discriminan las acciones de tutela se puede desprender el gran volumen de ellas encaminadas a la protección de dicho derecho y la constante de la Corte Constitucional en defensa de la concepción humanista al respecto, ampliando su protección no solo al derecho a la vida en el sentido estricto, sino con tal amplitud que casi es imposible negar una tutela dado que de una u otra forma existe conexión entre los padecimientos de salud con la vida entendida ampliadamente.

Una fundamentación jurídica y objetiva de este derecho deviene de la firme comprensión de aquella naturaleza mixta del derecho a la salud y de encontrar las fuentes de su protección, de manera que no asumamos, por un lado la posición omisiva de la legislación interna para negarlo, pero tampoco el otro extremo del mero humanismo, sin respaldo normativo para concederla. Y si es así, ¿de dónde deviene ese respaldo? Del mismo sistema jurídico y particularmente de la Constitución, pero también de la fuerza que en un derecho globalizado genera la jurisprudencia comparada en materia de desarrollo de los derechos sociales y particularmente el de salud, especialmente en lo concerniente a los pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales de los países de idéntica o parecida situación económico-política que el nuestro.

El derecho a la salud, como se ha expresado es en sí mismo derecho autónomo fundamental que es y no en la conexidad de otro derecho, como se expresó en el capítulo de críticas a la posición jurisprudencial. Pero, ¿en qué consiste ese derecho fundamental y de dónde se deduce? ¿Qué apoyo normativo lo respalda?

Nuestro sistema jurídico está integrado por todo el orden interno, cuya norma de cierre es la Constitución. Pues bien, esta carta política en su artículo 93 expresa que “los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, los cuales se integran al sistema jurídico

conformando lo que se ha denominado el Bloque de Constitucionalidad, que en su sentido estricto estaría integrado por el preámbulo de la Constitución, el articulado constitucional, los tratados de límites ratificados por Colombia, los tratados de derechos humanitario, los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trata de derechos reconocidos por la Carta y la doctrina elaborada por los Tribunales Internacionales en relación con esas normas internacionales.

Oscar Parra Vera, expresa respecto de esta relación Constitución y los Tratados Internacionales en cuanto a los Derechos Sociales, Económicos y Culturales lo siguiente:

Si el Estado colombiano se ha comprometido con el cumplimiento de tratados internacionales de derechos humanos que tienen similar fuerza normativa a las normas constitucionales, es exigible que las leyes ordinarias se ajusten a esos compromisos. En otras palabras, el Estado debe adaptar las normas de inferior jerarquías del orden jurídico interno (leyes ordinarias, decretos, reglamentaciones, resoluciones, etc.) a los contenidos del Bloque de constitucionalidad. De la misma manera, las políticas públicas que desconozcan el bloque no resultan acorde con las normas constitucionales; más aun si se tiene en cuenta que el diseño de políticas bajo un enfoque de derechos humanos, se debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos¹⁰⁸.

Pues bien, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2.1 estableció que cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocido en ese Pacto, que dado su incorporación al ordenamiento jurídico nacional mediante la Ley 74 de 1976 lo obliga, este Pacto ha sido desarrollado y explicado por la doctrina del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que en su periodo N° 22 de sesiones, el 11 de mayo de 2000, adoptó la Observación General N° 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (Art. 12).

¹⁰⁸ PARRA VERA, Oscar. El Derecho a la Salud. El derecho a la Salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales. p. 32.

Como puede verse, si es cierto que el pacto y así lo resalta el Comité, establece que la protección del derecho a la salud es progresiva, ello no puede llevarnos a desconocer que de inmediato los Estados tienen obligaciones encaminadas a ese objetivo y que podemos resumir en los siguientes aspectos:

Garantizar que el derecho a la Salud sea ejercida sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2)

Adoptar las medidas deliberadas y concretas dirigidas a la plena realización del derecho a la Salud (párrafo 1 Art. 2)

Ello dentro del fin de crear las condiciones que aseguren a toda asistencia médica y servicios médicos en casos de enfermedad en la mayor medida posible y que se refleja de manera práctica e integral en lo siguiente: “1) Existen medidas inmediatas que deben ser tomadas, como la prohibición de la discriminación en el acceso a los servicios de salud (Párr. 30); 2) en principio las medidas regresivas, que disminuyen una protección a la salud ya alcanzada, se presumen contrarias al Pacto, por lo que el Estado tiene que demostrar que éstas eran necesarias y que “se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles” (Párr. 32); 3) el Estado tiene la obligación “concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización” de este derecho (Párr. 31); 4) finalmente, existen unas obligaciones básicas en salud, que deben ser satisfechas en todo caso, sin importar los recursos de que dispone un Estado, como son el acceso no discriminatorio a los servicios de salud (Párr. 43) y unas prioridades, que deben ser respetadas, como la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas y la adopción de medidas para combatir las enfermedades epidémicas y endémicas (Párr. 44)¹⁰⁹.

Pero estas tareas inmediatas que establece el Comité de Derechos Sociales, Económico y Sociales parte de la base de que el derecho a la Salud es un derecho fundamental autónomo y como tal es de carácter universal aunque reclamable individualmente, por lo que esta doctrina no entiende su realización como en conexidad con el derecho a la vida, sino que tiene un grado normativamente protegible en sí mismo y no simplemente con fundamentos humanísticos de una Corte o Tribunal, que como todo derecho de naturaleza fundamental tiene su núcleo esencial, cual es el definido por el

¹⁰⁹ Salvamento de voto del Dr. Rodrigo Uprimny Yépez en T 654 de 2004.

Pacto y Comité antes planteado. Este núcleo es propio del constitucionalismo.

Pero la salud es además un servicio público y como tal es a cargo del Estado, garantizar a todas las personas el acceso al mismo para la promoción, protección y recuperación de este derecho, por lo que corresponde al poder público organizar, dirigir, reglamentar y establecer políticas para que las personas privadas o públicas presten ese servicio, y definir las competencias a cargo de los distintos órdenes, nacional, de las entidades territoriales y de los particulares, con el fin de que se haga de manera descentralizada y participativa. Estas prestaciones diferentes al núcleo que normativamente define los tratados y la doctrina de los tratados internacionales ratificados en nuestro país es lo que se ha denominado la seguridad social, lo cual tiene su desarrollo progresivo y acorde a los presupuestos definidos por medio de las políticas democráticas y que la Corte Constitucional en sentencia T- 484 de 1992, estableció sus características en los siguientes términos:

El servicio público se prestará, por mandato superior, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, que definirá, como en efecto lo hace, la ley. EFICIENCIA, es la mejor utilización social económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. UNIVERSALIDAD, es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida. SOLIDARIDAD, es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio de protección del más fuerte al más débil; es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo; los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables. INTEGRIDAD, es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada cual contribuye según su capacidad y recibe lo necesario para atender sus contingencias; UNIDAD, es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social; PARTICIPACIÓN, es la intervención de la comunidad a través de los beneficios de

la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

Luego esta naturaleza mixta del derecho a la salud de ser autónomo en su núcleo esencial normativo, y por otro lado, prestacional en cuanto a su extremo de seguridad social, de política pública que para ser protegible requiere de un desarrollo legal-. Y ello debe ser así, porque dado la división de competencias de las ramas del poder político, la intromisión general del juez constitucional o del ordinario en la disposición de procedimientos, prótesis, intervenciones quirúrgicas, entrega de medicamentos, sin que estén contemplados en la ley de la materia, generaría una intromisión grosera en la planificación de las políticas públicas y con ello generándose una ruptura del principio de universalidad que orienta el derecho a la salud tanto en su núcleo autónomo como en la seguridad social y tal situación, sean cualquiera la justificación que se platee, no le quita que sea una conducta igualmente inconstitucional, a no ser que la política pública sea regresiva o no progresiva.

El magistrado William Durán R. del Tribunal Constitucional de Bolivia, se expresó en idénticos términos, cuando expresó:

“Al brindar una protección excesiva, surgen tensiones con el parlamento, dado que si bien la protección que se brinda es de naturaleza jurídica, tiene un amplio contenido político, dado que esa decisión extensiva debe ser adoptada por el legislador, que tiene la facultad de concretizar los ámbitos de aplicación de los derechos, en especial los sociales”¹¹⁰.

Pero, como se reconoció en el capítulo de críticas a la línea jurisprudencial, esa inconstitucionalidad genera un orden desigual, tanto en el aspecto formal o de trato, pero igualmente una desigualdad material, aun en el evento en que se universalice los medicamentos, prótesis, intervenciones etc. a todas las personas que se puedan encontrar en la misma situación fáctica de los accionantes, porque de todas maneras constituye frente a los no tutelantes o a quienes no requiriendo de esos mismos medicamentos y procedimientos ordenados, si requieren de otras formas de participación en las políticas públicas, especialmente las de vacunación infantil, los programas preventivos a sectores más vulnerables de la población desconociendo el principio de solidaridad que el propio sistema exige sea respetado.

Tal situación quiere plantear que: ¿no hay nada que hacer respecto de una prestación no contemplada en los programas de política pública en salud? En

¹¹⁰ DURÁN RIBERA, William Ruperto. Alcances y límites del amparo constitucional. Especial referencia a la tutela de los derechos sociales y constitucionales. Foro sobre Tutela y Sentencias Judiciales. 2005.

absoluto, dado que la presunción es a la inversa, habida cuenta que siendo nuestra Constitución de las que ha colocado en el centro de su interés la dignidad humana y su plena protección, ha de entenderse que dichos planes y políticas reflejan el máximo desarrollo posible de atención en salud, en la que confluyen todas las características estudiadas de la seguridad social, correspondiendo a la democracia explicar los motivos por los cuales no se encuentra incluido en dichos planes determinadas prestaciones. Es decir, en materia de programas de atención de seguridad pública ha de pensarse en un Estado está garantizando el 100% de su potencial presupuestal, técnico, institucional y de cobertura para la atención del derecho a la salud y la seguridad social. Y tal aspecto se reflejó en las exigencias normativas de la doctrina internacional de progresividad y de prohibición de regresividad en los planes públicos de salud. He ahí una presunción de buena fe que se impone aceptar para la armonización de las relaciones sociales *prima facie*. Pero, como se verá, desvirtuable.-

Respecto de lo primero, Oscar Parra Vera, expresa que:

Según el Principio de Limburgo Nº 72, un Estado Parte viola los derechos económicos, sociales y culturales si, por ejemplo, no adopta una medida exigida por el Pacto; no remueve, con la mayor brevedad posible y cuando debe hacerlo, todos los obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho; no aplica con rapidez un derecho que el Pacto exige; no satisface intencionalmente una norma internacional mínima de realización, generalmente aceptada y para cuya satisfacción está capacitado; o adopta una limitación a un derecho reconocido en el Pacto por vía contraía al mismo...” “En este sentido, la expresión “progresivamente” no puede ser interpretada de tal forma que las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales solo tengan que cumplirse una vez alcanzado un determinado desarrollo económico. La progresividad debe entenderse como la obligación de proceder lo más explícita y eficazmente posible con miras a obtener ese objetivo, aunque se reconoce que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta gradualidad”¹¹¹.

Y respecto de lo segundo, el mismo autor, ha explicado:

¹¹¹ Ibíd. p. 60

“Ahora bien, el contenido progresivo de los derechos sociales genera una prohibición de regresividad. Los Estados están obligados a mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales a través de medidas que sean deliberadas, concretas y orientadas hacia la plena efectividad de los derechos reconocidos. Por ello, el Estado no puede adoptar políticas, medidas o normas jurídicas que, de modo irrazonable, empeoren la situación deliberadamente regresiva. Cualquier decisión debe producirse tras el examen de todas las alternativas posibles y a partir de una debida justificación frente al compromiso de utilizar plenamente el máximo de los recursos disponibles”¹¹².

Luego una posición genuinamente protectora del derecho a la salud exige una actitud que sepa combinar el punto de vista individual del derecho autónomo con lo universal o colectivo de las prestaciones públicas y por lo expresado en el capítulo de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional y su crítica, encontramos que la actitud humanista de dicha línea es parcialmente consecuente con esa dualidad, habida cuenta que hace énfasis en el aspecto individual haciendo casi omisión al aspecto democrático de la planeación y orientación de las prestaciones que comprende el derecho a la salud y que le corresponde determinar a los órganos democráticos a través de la ley, expandiendo su núcleo y generando tensión con el legislativo. Una coherente línea jurisprudencial en salud implicaría proteger el derecho a la salud como autónomo e impulsar el compromiso de los entes encargados de trazar las políticas públicas de cumplimiento a sus deberes, pero aun en este campo no le sea admisible actitudes regresivas por cuanto sería materia de control constitucional.-

Y tal énfasis individual afecta en primera instancia la universalidad del derecho social fundamental a la salud, el cual está contemplado en el artículo 49 de la Constitución Política cuando expresa que “se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud” y desarrollado en la Ley 100 de 1993, por cuanto al proteger el derecho a la salud como conexo con el de la vida digna y la cláusula del Estado Social de Derecho, desconoce lo público de mucha de sus prestaciones, que por sí mismas son deficitarias como lo pone de presente el estudio de esta característica realizado por la doctora Natalia Paredes Hernández, cuando expresa:

“La Ley 100 de 1993 afirmó que en el año 2001 estaría asegurado el 100% de la población, sin embargo ello no ha

¹¹² *Ibíd.* p. 61.

ocurrido, las cifras de cobertura demuestran que en el mejor de los estimativos, en el año 2000, el 58% de la población colombiana se encontraba afiliada al sistema, cifra preocupante si se compara con el crecimiento de la cobertura que tuvo de 1993 a 1997, que alcanzó en ese año al 57% de la población, lo que quiere decir que del 97 al 2000 la cobertura del sistema prácticamente se estancó en 58%, según la encuesta de Profamilia; disminuyó según la Encuesta Nacional de Hogares del 2000 a 52.6%, según Fedesarrollo a 56.5% y según la Academia Colombiana de Medicina a 48%.

Se ha generado grandes desigualdades con la implantación del nuevo sistema, porque éste se mueve entre personas que logran ser cubiertas con altos costos y niveles de tecnología, y personas totalmente desprotegidas (aproximadamente el 45% de la población, según el Ministerio de Salud), que no acceden a las condiciones de vida mínima para conservar la salud, ni a los servicios básicos o de urgencias, agravada aún más la situación con el abandono de las acciones de salud pública que ofrecen grandes externalidades positivas para la comunidad en general.

Si examinamos la cobertura del régimen subsidiado con relación a la población con Necesidades Básicas Insatisfechas -NBI-, por departamentos, se puede observar la discriminación por procedencia geográfica y condición socioeconómica. A diciembre de 1999, según el Ministerio de Salud, la mayor cobertura se encuentra en Cundinamarca (95.64%), Bogotá D.C. (88.86%), Boyacá (82.32), Santander (81.97%), y la menor en Guaviare (24.32%), Guaina (26.57%), Amazonas (27.96%), seguida por los departamentos de Vichada, Vaupés, Magdalena, Córdoba, Sucre y Putumayo donde más del 55% de la población en pobreza medida por el NBI, se encontraba sin ningún tipo de cobertura”¹¹³.

Ante este déficit democrático de progresividad y, por el contrario, regresiva en las políticas públicas, especialmente en los departamentos y zonas más afectadas por problemas naturales, sociales, económicos y políticos, incluso militares, adicionado con la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional, seguida incondicionalmente por todos los jueces de la Republica, mas que ayudar a la solución universal e integral del problema de salud publica, la agrava, generando, como ya se ha resaltado un grave problema de desigualdad frente a la salud misma como frente a las políticas

¹¹³ Natalia Paredes Yepes. Op. cit. p. 289.

públicas, dado la ruptura del sistema y desbalance del mismo desde el punto de vista prestacional y presupuestal, afectando, como siempre, a los sectores menos aventajados y con menos posibilidad de resolver las necesidades endémicas por sí mismo. Y es precisamente en este aspecto que encontramos ajustadas las críticas que desde la economía le hacen a la Corte Constitucional, pero igualmente desde la órbita de la política, más no desde la concepción económica del derecho ni del consecuencialísimo como criterio para proteger los derechos.

Por otro lado, la naturaleza del derecho a la salud tiene unas profundas raíces históricas, políticas y sociales, que deben tenerse en cuenta y que pesan al momento de trazar una concepción sobre el mismo. Sea en primera instancia importante reconocer que él está catalogado como uno de los derechos Sociales, Económicos y Culturales y como tales se han llamado por la doctrina constitucional como los derechos de segunda generación, más no por cuanto su protección se da cuando están en conexidad con los derechos de primera generación o civiles y políticos, sino porque su origen se dio con el cambio de la versión de Estado y sociedad de derecho por la más proteccionista como lo es el Estado Social de Derecho, el cual presupone el reconocimiento y garantía de unos presupuestos *prima facie* para poder disfrutar de los derechos, encontrándose entre ellos la Salud, como lo explica la doctrina constitucional y particularmente el profesor Carlos Gaviria Díaz¹¹⁴.

A pesar de esa crítica a la Corte Constitucional, respecto de los efectos en cuanto el derecho a la igualdad formal y material, que se genera con la protección individual del derecho a la salud mediante acciones de tutela, ella ha asumido criterios igualitarios en oportunidades que le ha correspondido por vía de control de constitucionalidad, como cuando declara inconstitucional normas que pretenden negar el carácter progresivo y no regresivo de las prestaciones de salud, como ocurrió entre otras en C -1165 de 2000 y en C-251 de 1997.

En la primera de ellas se estudió la constitucionalidad de la ley «Ley 344 de 1996 en la que se proponía una reducción de la inversión en el plan subsidiado de salud con respecto del año anterior, expresando la Corte Constitucional:

“Por ello, la cobertura de la Seguridad Social no es inmediata, ni se alcanza con su sola enunciación en la Carta Política, sino que es de carácter progresivo en el tiempo y en el espacio, como una meta a alcanzar por el Estado Colombiano

¹¹⁴ *Ibíd.* p.

cuando ella se extienda en el futuro a todos los habitantes de todo el territorio nacional.

Sin lugar a duda, esa disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud, de ninguna manera realiza el postulado constitucional de la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social que ordena el artículo 48 de la Carta, pues salta a la vista que a menores recursos y mayores necesidades insatisfechas en salud, dadas las circunstancias económico-sociales que vive el país, en lugar de aumentar la cobertura de la Seguridad Social, así como la calidad del servicio, se verán necesariamente afectados en forma negativa, en desmedro del bienestar de quienes más requieren de la solidaridad de los asociados y de la actividad positiva del Estado por encontrarse en situación de debilidad por sus escasos o ningunos recursos económicos, aún estando en capacidad de trabajar, pero azotados por el desempleo y otros flagelos sociales.

Resulta igualmente vulneratorio de la Carta el citado artículo 34 de la Ley 344 de 1996, pues, como fácilmente se advierte, no obstante lo dispuesto por el artículo 366 de la Constitución en el sentido de que el «gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación», la norma acusada, por razones que obedecen a otros criterios, so pretexto de la «racionalización del gasto público», optó por disminuir en forma drástica los aportes del Presupuesto Nacional con destino a las necesidades de salud de los sectores más pobres de la población colombiana, destinatarios obligados de la norma y directamente afectados por ella”.¹¹⁵

En la segunda sentencia, expresa la Corte Constitucional la filosofía respecto de los derechos Económicos, Sociales y Culturales por lo que se transcribe en extenso:

“Conforme a esa doctrina, y de acuerdo al tenor literal de este artículo, resulta claro que el carácter progresivo del deber de realización de estos derechos no implica que los Estados pueden demorar la toma de las medidas necesarias para hacerlos efectivos. Por el contrario, el deber de adoptar todas las medidas posibles es inmediato, ya que los Estados “tienen la obligación de iniciar inmediatamente el proceso

¹¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -1165 de 2000.

encaminado a la completa realización de los derechos contenidos en el Pacto”¹¹⁶. Simplemente, teniendo en cuenta que en general los derechos sociales implican una prestación pública, la cual supone la existencia de unos determinados recursos y la necesidad de poner en marcha las instituciones prestatarias de los servicios, se reconoce que “la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo”, por lo cual la obligación de garantizarlos no puede ser inmediata, a diferencia de lo que sucede con el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual “incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes”¹¹⁷. Sin embargo, este deber de realización progresiva “no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo”¹¹⁸, ya que esta norma “exige que los Estados partes actúan tan rápidamente como les sea posible en esa dirección”, razón por lo cual “bajo ningún motivo esto se deberá interpretar como un derecho de los Estados de diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para la completa realización de los derechos”¹¹⁹. En tal contexto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha sintetizado el sentido y alcance de este deber en los siguientes términos:

Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos

¹¹⁶ PRINCIPIO DE LIMBURGO No 16

¹¹⁷ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES, Observación General No 3.

¹¹⁸ *Ibid* p.

¹¹⁹ PRINCIPIO DE LIMBURGO No 21

previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

De otro lado, conviene tener en cuenta que no es totalmente correcto considerar que todos los derechos sociales implican prestaciones positivas del Estado, y que todos los derechos civiles y políticos únicamente generan deberes estatales de abstención, pues la situación es más compleja. Así, la garantía de los derechos civiles supone en muchos casos deberes de intervención de las autoridades. Por ejemplo, el derecho a la intimidad implica no sólo que el Estado debe respetar mi privacidad sino también que las autoridades deben protegerme contra injerencias de terceros. Igualmente, muchos derechos considerados sociales no implican una prestación sino un deber de respeto de parte de las autoridades, similar al que opera en el campo de los derechos civiles. Así sucede por ejemplo con el derecho de sindicalización de los trabajadores, que implica que el Estado debe abstenerse de interferir en el goce de este derecho. En estos eventos, es claro que esos derechos sociales, o ese componente de los derechos sociales, no es de realización progresiva sino de aplicación inmediata.

Finalmente, el deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que no pueda haber violación de los mismos, debido a omisiones del Estado o a actuaciones insuficientes de su parte. En efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los “derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico”¹²⁰. Por ende, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación. Además, el Estado adquiere el compromiso de tomar “todas las medidas que sean necesarias, y, hasta el máximo de los recursos disponibles”, por lo cual, si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de estos derechos, también se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales, por lo cual “al determinar si se han adoptado las medidas adecuadas

¹²⁰ *Ibíd.* No 25.

para la realización de los derechos reconocidos por el Pacto, se deberá prestar atención a la utilización eficaz y equitativa y la oportunidad de acceder a los recursos disponibles”¹²¹.

Este punto de vista respecto de los derechos sociales, económicos y culturales en general como su criterio frente a la progresividad y no-regresividad del derecho de Salud, aunada al gran progreso que sobre el principio fundamental a la igualdad ha desarrollado la Corte, hace sorprendente la línea jurisprudencial estudiada en este trabajo, por cuanto ella es el desconocimiento de los avances generales en esos dos aspectos y constituye la debilidad de la concepción defendida por la Corporación.

Pero a su vez concurren dos debilidades más: a) El hecho de que la Corte reconozca que su intervención en el campo de competencias de otros órganos, especialmente en los de origen propiamente democráticos, como lo es el legislativo y el ejecutivo y lo justifique en la omisión inconstitucional de dichos órganos, no convierte en constitucional su intromisión. Podríamos plantear y aceptar que esa justificación hace menos grave socialmente, la acción de la Corte que la omisión democrática, pero, per sé, es inconstitucional y es precisamente lo que hace del sistema colombiano un engendro: la inconstitucionalidad democrática por omisión se lava con una inconstitucionalidad judicial por acción. Y ello es así sencillamente porque la misma Constitución establece las competencias de cada institución jurídica y la misma Corte, como en el caso de las sentencias transcritas, reconoce que los programas de política de salud pública son resorte de la ley, del órgano de representación democrática.

Siendo así, la solución constitucional no sería, entonces, que la Corte asuma las competencias que la misma Constitución coloca encabeza de otros órganos, sino obligar o por lo menos propiciar que cada uno cumpla con su competencia a fin de que la democracia y el sistema jurídico funcione acorde con la propia Carta de Cartas, a efecto que los órganos legislativos y ejecutivos cumplan con su obligación de proponer los planes de Salud que a bien consideren, comprometiendo los máximos esfuerzos presupuestales en acceso y cumplimiento del ideal concreto de dignidad humana y dando las justificaciones de porque no se encuentra incluido determinada prestación en dichos planes, justificaciones igualmente validas y de todo tipo respecto de las posibles regresividades o por lo menos no progresividades en el campo de salud y de desplazados.

No quiere decir lo anterior que los derechos de los desplazados y el de salud no tengan un mínimo núcleo exigible constitucionalmente como derecho autónomo prestacional, pues, como se ha explicado, en este ámbito el

¹²¹ *Ibíd.* No 27.

constitucionalismo debe intervenir para impedir las políticas regresivas e impulsar la progresividad de dichas políticas públicas.-

b) La línea de la Corte Constitucional sobre los derechos sociales, económicos y culturales en general y en cuanto el derecho de salud y de los desplazados en particular, reconoce que son de naturaleza prestacional y como tales son del resorte de la democracia su desarrollo, dado que compromete aspectos sensibles del gasto público, de instituciones encargados de prestar esos servicios, de entidades médicas, medicamentos, médicos, farmacias, órganos de solidaridad, ministerio de hacienda, ministerio de salud y seguridad social, los usuarios, sean pre o pos pagos y los del servicio subsidiado etc. A pesar de ello, de la naturaleza pública de las políticas en salud y en general de los derechos sociales y económicos, la Corte Constitucional asume y propone una línea jurisprudencial de orden individual, contraría la universalidad de los mismos y a la vocación democrática del derecho prestacional, además en contra vía al compromiso de la complejidad de sujetos que directa o indirectamente se han de ver afectados con las decisiones respecto de esos derechos.

Una decisión sólo será justa si es imparcial, entre otros criterios, y la imparcialidad no proviene ni de un elitismo sabio ni de las mayorías, sino de que sea tomada por todos los que de una u otra forma se vea afectado por la misma y sus auténticos representantes, tengan la capacidad de comprometer a su comunidad o sector de comunidad, ello bajo el precepto de que no existe mejor juez de sus propios intereses que sus legítimos acreedores. Luego, no siendo la Corte Constitucional ni representante de la democracia ni de un sector propiamente dicho de la comunidad afectada directa o indirecta respecto de las prestaciones de salud y de los desplazados ni tener una naturaleza de origen ni funcional democrática, no sería ella el órgano más indicado para definir cuando hay derecho a una prestación en salud diferentes a las comprendidas en el núcleo esencial o derecho autónomo.

Siendo así, la pregunta que nos corresponde responder es si existe alguna alternativa que permita la protección al derecho a la salud en su extremo prestacional o de seguridad social, diferente a la propuesta por la Corte Constitucional que permita solucionar las deficiencias de universalidad o igualdad formal y material, pero a su vez implique superar el inconstitucionalismo por acción que implica la posición de la alta corporación? ¿Puede existir una propuesta respecto del derecho a la seguridad social o derecho a la salud y de los desplazados igualitaria y democrática? ¿Es posible ser igual de garantista que la Corte Constitucional pero desde la órbita de la democracia y no-solo del constitucionalismo?

Para esta investigación la respuesta es positiva y para ello debe partirse de la naturaleza progresista y no regresiva de las medidas democráticas que se tomen en cada momento histórico en protección de los derechos Sociales y Económicos, aceptar que *prima facie* el competente para entablar dichos planes son los órganos democráticos y lo mejor aún, tener como expresión de buena fe que en esos planes esta presuntamente involucrado los mejores esfuerzos presupuestales e institucionales posible para ese instante del desarrollo comunitario en la satisfacción de aquellos derechos. Es esa una presunción legal, cuya carga justificativa esta en el responsable de su diseño, es decir el legislativo y el ejecutivo, dado su naturaleza publica y democrática, que se entienden trabajar armónicamente para el establecimiento de esos planes. Aquí la buena fe, principio constitucional contemplado en el Artículo 83 de la Carta Política, que irriga todos los actos públicos del Estado en sus más amplias acepciones jurídicas, sociales y económicas, pero que dado los sujetos afectados con dicha política, como son los sectores más vulnerables de la sociedad y por ser el fin de la Constitución la dignidad humana, cuando se plantee un reclamo de regresividad o de no progresividad en el campo de salud y desplazados, o, simplemente por no comprender el plan determinada prestación, la carga justificativa está en quien desarrollo o diseño dichos planes, que son los entes democráticos.

En materia democrática se ha de presumir que la mejor decisión ha de ser la que tome el órgano encargado de trazar las políticas, dado que frente al interés general y las competencias es a ella a quien corresponde y es su capacidad representativa la que se compromete en la decisión. Pero, aquí surge otro cuestionamiento, cual es: Entonces, por ser materia de la democracia y regido por el principio de la buena fe, debemos presuponer que el alcance de los planes públicos contiene el mayor alcance posible en el momento histórico, entonces el constitucionalismo no tiene nada que hacer? No, seria ello una solución a medias y desde el ángulo de la democracia seria una propuesta igual que la de la Corte, que lo hace desde el ángulo del constitucionalismo. Además, seria una solución conservadora, del status de cosas y como se ha expresado, la progresividad y no regresividad son actitudes que implican dinámica, un moverse hacia una meta cada día mas hacia un ideal: la plena realización de la dignidad humana, cual es ideal constitucional y democrática.

Aquí viene el constitucionalismo a cumplir su función de limite a la democracia, que es su real y constitucional función de origen y actual: controlar las políticas publicas en salud contrarias a la progresividad y regresión de los planes diseñados por la democracia, como en el caso de la C-1165 de 2000; las políticas en salud discriminadoras de cualquier sentido; los planes que no hagan énfasis en beneficiar a los sectores mas desfavorecidos; las decisiones que no acepte el pluralismo social y político

en Colombia que lo conduzca a no aceptar la pluralidad de planes en salud que atienda esas diferencias étnicas, económicas etc.; declarar los planes de salud y desplazados que bajo orientaciones perfeccionistas traten de imponer planes de vida no aceptados voluntariamente; planes que impongan procedimientos excluyentes o que obstaculice ese acceso, en fin, el constitucionalismo tiene en sus funciones retirar del ordenamiento toda medida que en salud y desplazados retrase o impide el camino hacia el ideal de dignidad humana que normativamente ha diseñado la comunidad y que ella espera de buena fe de sus representantes democráticos.

Igualmente mediante tutela, el juez ordinario en sede constitucional como la Corte Constitucional, tienen la función de límite al abuso por acción como por omisión en que puede incurrir el ejecutivo y el legislativo respecto del derecho a la salud y sus diferentes prestaciones, como respecto de los desplazados. Pero como hacerlo para no incurrir en lo que viene haciendo: impartiendo ordenes, diseñando ella a través de tutela los planes de salud. Simplemente utilizar sus funciones, el control de constitucionalidad, para comprometer a la democracia, en sus diversas expresiones, a cumplir sus funciones pero nunca suplantándolas; estimulando el debate deliberativo entre los diversos interesados en la decisión; colocando límites de actuación y metas de compromisos y liberando el aporte de recursos e ideas para encontrar entre los afectados la solución más imparcial y justa al problema; exigiendo las justificaciones de las omisiones prestacionales requeridas por los usuarios que no se encuentren en los planes de salud, a efecto de poder universalizar las medidas e incluir en dichos planes de salud en caso de que efectivamente corresponda a una falta de compromiso democrática dicha falla; obteniendo un mayor compromiso en la ejecución del plan acordado en la deliberación; aprovechar los aportes de cada interesado e interviniente en el debate para enriquecer el alcance y la buena o mala fe en el límite planteado por el encargado de la propuesta de plan, y esa decisión final, como ya se ha expresado, será tomada por la democracia a través una la ley o nueva ley modificatoria de la restrictiva, para que se cumpla con el criterio de universalidad igualitaria y se respeten las competencias constitucionales.

Este procedimiento deliberativo e igualitario, no es desconocido por la Corte Constitucional. Primero está expresado por la profunda línea jurisprudencial sobre el derecho a la igualdad, de que se hizo referencia en el capítulo de críticas, pero también en su línea jurisprudencial respecto de los desplazados. También en el mismo campo de la salud en lo tocante al tratamiento del examen de la carga viral en los enfermos de VIH y SIDA, donde producto de innumerables decisiones de tutela donde se ordenaba la práctica de dicho examen¹²², se forzó que finalmente el Consejo Nacional de

¹²² Sentencias T-849 DE 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) reiterada en las sentencias T-063 de 2001 y T-1018; T-016 de 2003 y T-197 de 2004. En esta sentencia la Corte modificó la jurisprudencia consagrada en T-398 de 1999 y T-1055 de 2000 donde se consideró que el suministro del examen viral no comprometía la conexidad del derecho a la salud con el derecho a la vida digna y, por ello, no era parte de lo justiciable a través de ordenes de tutela.

Seguridad Social en Salud dispuso su inclusión dentro del POS a través del Acuerdo 00254 del 25 de diciembre de 2003.

Esta posición genera la constitucionalidad plena de los diversos órganos respecto de sus competencias y estimula la imparcialidad de las decisiones que sobre salud han de tomarse, dado que la Corte Constitucional al encontrar una omisión en el plan de protección y política pública exigirá al ente encargado de ello cumpla su propio programa o dé las justificaciones probadas de tal específica omisión, pero que en caso de incumplimiento, entonces sí, impartir la orden de restablecimiento del derecho desconocido.- Además, la deliberación entre iguales, profundiza la democracia, permite conocer las ideas de los otros, hace modificar los argumentos de los otros a fin de hacerlos aceptables para los diferentes, genera imparcialidad por ser una decisión de todos y no individual o de grupo, ayuda a la educación, mejora la capacidad de comunicación y clarifica los puntos de vistas. Y todo ello consolida la democracia y fortalece el papel del constitucionalismo en la unidad democracia constitucional, como lo defiende el doctor Carlos Santiago Nino, al expresar que:

“La democracia, a través de la discusión y de la decisión mayoritaria que es inherente al proceso democrático, tiene un valor epistemológico, es decir, es una vía apta para llegar a soluciones que tienen una mayor probabilidad de ser moralmente correctas que las soluciones que se dictan a través de otros procedimientos. Eso es así, porque la discusión generalizada, amplia, abierta y la decisión mayoritaria promueve procedimientos que tienden a la imparcialidad y al conocimiento de los hechos relevantes, porque hace que todos o que una buena parte de la población hagan conocer a través del proceso democrático cuales son sus intereses y que haga una tendencia a tomar esos intereses en cuenta para lograr formar coaliciones mayoritarias y que esas coaliciones no se rompan bajo la presión de los otros grupos¹²³.

Pero, además de la función jurídica y política del control de constitucionalidad, cual es la de límite al poder político, que se atiende cabalmente en la propuesta aquí esbozada, tiene un papel social y, cual es acercar los derechos a sus principales acreedores, quienes no pueden ser otros que quienes de mayor protección como son los niños, discapacitados, ancianos y población amplia de pobres, por lo tanto ese control de constitucionalidad debe orientarse, en este sentido, no-solo a evitar cualquier

¹²³ NINO, Carlos Santiago. La filosofía del control judicial de constitucionalidad, tomada del artículo de José Juan Moreso. Derechos y Justicia Procesal Imperfecto, p. 31.

discriminación desfavorables a estos sectores, sino y fundamentalmente a orientar esos programas a beneficiar estos sectores de la población, a efecto de evitar que la igualdad que se genere no sea meramente formal frente a la ley, sino que sea material.

Gráficamente podremos decir que lo que se busca y es el objetivo del constitucionalismo no solo es que todos partamos de la misma raya de partida, sino que además estemos en las mismas condiciones de salud, alimenticio, físicos y anímicamente para soportar el recorrido por la vida , lo que impone un control de constitucionalidad, además de procesal, especialmente de contenido material.-.

La imparcialidad definitiva solo sería posible si las decisiones se tomaran por unanimidad y con la intervención de todos los que de manera directa o indirecta se vean afectados por la solución que se tome sobre un punto en controversia, pero ello solo sería posible en las democracias directas. Ante la complejidad de la sociedad de hoy y el pluralismo de todo tipo que la caracteriza, tal unanimidad no es posible, lo que hace imperioso recurrir al sucedáneo de la regla de las mayorías, pero esta regla es susceptible de ser utilizada por y en pro de esa misma mayoría, en contra de los débiles social y políticamente. Y allí es donde juega papel el control de constitucionalidad: en quitar toda restricción a los canales democráticos, discriminatorios individuales-.

Esta propuesta pretende evitar, con la deliberación democrática e igualitaria, los efectos nocivos de la posición humanista de la Corte Constitucional en materia de salud y desplazados dado que toda medida tomada en sentido contrario a la igualdad formal y material debe ser rechazada, primero para que se presten las justificaciones necesarias de parte de la democracia respecto de las normas discriminatorias o sean rechazadas de plano de nuestro sistema jurídico en general, pero producto del consenso imparcial y no del elitismo antidemocrático o por lo menos no democrático. El humanitarismo no necesariamente es democrático sino, por lo general, paternalista. Y esa naturaleza, en las condiciones de nuestro país, es más a fin con la posición de la Corte Constitucional.

6. CONCLUSIONES

De lo hasta aquí expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones relevantes:

a) El derecho a la salud y de los desplazados son derechos sociales fundamentales, que cuentan con un núcleo esencial protegible mediante las acciones constitucionales, como cualquier otro derecho fundamental y una parte prestacional de regulación democrática, pero igualmente controlable por el constitucionalismo en cuanto su progresividad y no regresividad.

b) En cuanto al núcleo esencial, que es aquella parte del derecho que se defieren directamente y de manera estricta a su relación con la inminente pérdida de la vida, el procedimiento constitucional de amparo debe orientarse a la protección directa y sin restricciones del mismo. Pero tratándose de la parte prestacional, es decir padecimientos de cualquier tipo que no ingrese de manera directa y análisis estricto al derecho a la vida, el órgano que ejerce control de constitucionalidad no puede impartir de manera directa ordenes a la democracia y dejar sin efecto los planes públicos de política de salud, sino armonizar con ella solicitándole- primero- las justificaciones para tal restricciones al desarrollo integral de tales planes y comprometer a todos los entes que tengan que ver con el trazado de tales planes, tanto en su creación como en su ejecución.

El control de constitucionalidad debe servir, a resolver las dificultades principales que padece la sociedad y al acercamiento de la situación ideal que anhela la sociedad dada. En el caso colombiano, su problema central esta constituido por la dependencia nacional y las restricciones democráticas. Por ello, el control de constitucionalidad debe servir a la resistencia nacional, evitando toda política que

atente contra la dignidad de la nación y luchar por la ampliación de los canales democráticos, alcanzar acuerdos con ella para orientar por los mejores caminos los planes públicos, específicamente a favor de los mas desfavorecidos sociales.,favorecer las vías de constante diálogo y deliberación entre constitucionalismo y democracia.

d) Subyace a las criticas planteadas a las líneas de la Corte Constitucional en salud y desplazados una teoría de fuentes que impone el acercamiento de la ley a la Constitución y no lo contrario, porque el desarrollo social en nuestro país pasa por la colaboración, interrelación y complementación entre los opuestos integrantes de la unidad superior denominada democracia constitucional. Otra seria disociarlas para que cada extremo trabaje por su lado desarticulando la integridad de esfuerzos y debilitando la posibilidad de progreso de por si con miles de obstáculos.-

e) En el momento que la Corte Constitucional extiende su protección al campo de las prestaciones de salud crea tensión con la democracia, genera una posición desigual y elitista que en nada contribuye al desarrollo y armonización social de la paz, la justicia material y la seguridad jurídica, sin negar que es altamente humanitaria.

f) Los efectos prácticos generados por las diferentes líneas aplicadas para el derecho a la salud y la aplicada a los desplazados ratifican que la defensa de la colaboración, complementación e interrelación entre la democracia y el constitucionalismo es el camino, el acercamiento de constitución y ley, es el camino a seguir en el control de constitucionalidad.

g) La propuesta parte de tres ejes: los derechos fundamentales y la democrática con sus implicaciones generales y particulares en nuestro país, especialmente sus característica despótica y clientelista, pero que a su vez, muestra una tendencia al cambio participativo como el desarrollo de políticas sociales en salud y el atreverse a reclamar los derechos. como lo demuestra el creciente uso de la acción de tutela. He ahí los motores del progreso en materia de salud.-

h) El constitucionalismo actual es aquel que reconoce un conjunto de derechos que no pueden ser desconocidos por

los órganos democráticos, pero a la vez, brinda las acciones para su protección y restablecimiento en caso de haberse desconocido.

Dentro de esa concepción, es fácil desprender el papel del control de constitucionalidad como instrumento para hacer respetar aquellos derechos de la intromisión tanto de los órganos políticos como entre los particulares.-

Y el alcance de tal control en las sociedades democráticas sociales deliberativas, no pueden limitarse a aspectos procesales, sino también aspectos sustanciales.-

i) Vistos los derechos dentro del conjunto social democrático-constitucional, estarían interesado en ellos tanto la democracia como el constitucionalismo.-Pero vistos en particular y específico, un derecho, ha de comprenderse, es más a fin a la democracia y otros al constitucionalismo. Es más, entre uno y otro se mueve una serie de derechos.-

Que se abra el dialogo.

La concertación deliberativa democrática.

La coordinación de competencias.

Y mejorará la salud pública.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Bruce. La Política del dialogo Liberal Traducción de Gabriela Alonso. Barcelona, España, 1998. Gedisa editorial. P. 235.

AGUDELO, Saúl Franco. Editor La salud Pública hoy. Universidad Nacional de Colombia Facultad de Odontología. Bogotá D.C. 2002. p. 659.

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudio Constitucionales. Madrid, 1997. p. 607.

ARAGÓN, Manuel. El control como elemento indispensable del concepto de Constitución. Punto española de Derecho Constitucional N°. 17 1987 Centro de Estudios Constitucionales.

ARBELAEZ RUDAS, Mónica. Derecho a la salud en Colombia. Sistema General de Seguridad Social en Salud. Bogotá, Colombia, 2006.

BOCKENFORDE ENT. WOLFGANG. Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho. Traducción R. Agapito Serrano. Editorial Trota.2000.

CARBONELL, Miguel. El Neoconstitucionalismo. Compilación. Madrid: Editorial Trota. 2003. p. 281.

CORTE CONSTITUCIONAL. Jurisprudencia. www.ramajudicial.gov.co.

DE SAUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Siglo del Hombre Editores. Tomos I y II, 2004. p. 541 y 682.

DERECHO CONSTITUCIONAL PERSPECTIVAS CRITICAS
COMPILACIÓN DE ARTÍCULOS. Siglo del Hombre Facultad de derecho
Universidad de los
Andes. p. 456.

DWORKIN, R. El imperio de la Justicia. Traducción Claudia Ferrari.
Barcelona, España: Gedisa editorial. 1988. p. 328.

Los Derechos en Serio. Ariel España. Traducción Marta Guastavino. 2002. p.
497.

EDITOR AGUDELO, Saúl Franco. La salud Pública hoy. Universidad
Nacional de Colombia Facultad de odontología. Bogotá D.C., 2002. P. 659.

ELISEO, Ala. Introducción al concepto actual de Constitución. Estudio
preliminar en Federmann Lasalle. ¿Qué es una Constitución? Barcelona Ariel
derecho
2001.

ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune. Constitucionalismo y democracia Fondo
de cultura económica. Coordinador Manuel Quijano. México, 2001. p. 381.

_____ Copilador. La democracia deliberativa. Barcelona, España: Gedisa
editorial. 2000. p. 348.

FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. Derecho
Constitucional Perspectivas: Criticas Compilación de artículos Siglo del
Hombre. p. 456.

FONDO DE CULTURA ECONÓMICA. El liberalismo Político. 1996. p. 359.
FUNDAMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Astrea. 2 reimpresión.
Buenos Aires, 2002. p. 745.

GARGARELLA, Roberto La Justicia frente al gobierno. Barcelona: Ariel.
1996.
p. 276.

_____ Los Fundamentos legales de la desigualdad. El Constitucionalismo
en América (1776-1860) Madrid: Siglo del Hombre. 2005. p. 304.

GARZÓN VALDEZ, Ernesto. Derecho Ética y Política. Centro de Estudios Constitucionales- Madrid: 1993. p. 958.

HABERMAS, J. Facticidad y Validez. Valladolid, España: Editorial Trota. 1998. p. 689.

HAMILTON. A., MADISON J. y JAY. El Federalista. Fondo de Cultura Económica. Mexico. 2001. p. 430.

HART ELY, John. Democracia y Desconfianza. Siglo del hombre editor. 1997. p.291.

HART, H. L. A. El concepto de derecho. Segunda edición, traducción Genaro Carrió Editora Nacional. p.325.

HERNÁNDEZ, Andrés. Compilador Republicanismo Contemporáneo Siglo del Hombre. Universidad de los Andes, 2002. p. 570.

HOWAR MCILWAIN, Charles. Constitucionalismo Antigo y moderno Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1991.

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Trota. Madrid. P. 306.

KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?. Traducción de R-Brie. Editorial Tecno. Madrid 1995.

_____ Teoría General del Derecho y del Estado. Universidad Nacional Autónoma de México. Traducción de García Maynez. 1995. p. 477.

MCILWAIN, Charles Howar. Constitucionalismo Antigo y moderno Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1991.

MEJIA QUINTANA, Oscar. Justicia y Democracia Consensual. Siglo del Hombre Ediciones Uniandes. 1997. p. 182.

_____ Poder Constituyente, conflicto y Constitución en Colombia. Uniandes. 2005. p. 244.

NINO, Carlos Santiago. La Constitución de la Democracia Deliberativa. España: Gedisa Editorial. 2003. p. 303.

OBSERVATORIO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Balance Jurisprudencial de 1996. Corte Constitucional. Universidad de los Andes. Siglo del Hombre. p. 353.

PARRA VERA, Oscar. El derecho a la Salud. En la Constitución, la jurisprudencia los instrumentos Internacionales. Defensoría del Pueblo, 2003. p. 417.

PENSAMIENTO JURÍDICO REVISTA DE TEORÍA DEL DERECHO Y ANÁLISIS JURÍDICO. Universidad Nacional. Números 5 y 15.

POSNER. Richard A. El Análisis Económico del derecho Fondo de cultura económica, 1998. p. 682.

_____ Fondo de cultura económica. 1998. p. 682. RAWLS, John. Teoría de la Justicia. Fondo de cultura económica. México. 1997. p. 549.

REYES BLANCO, Sergio. El Control de Constitucionalidad. Su evolución en España y Colombia. Bogotá D.C. : El Profesional. 2004. p. 235.

SANCHIS, Luis P. Estudios sobre derechos Fundamentales. Editorial Debate 1990. p. 267.

SANIN RESTREPO, Ricardo. Justicia Constitucional Coordinador Académico. Legis. Primera edición. p. 311.

SCHITT, Carl. La defensa de la Constitución. Traducción M. Sánchez. Madrid: Editorial Tecno. 1995.

SEN, Amartya La desigualdad Económica Fondo de Cultura Económica. Mexico, 1997. p. 292.

SEN, Amartya. La desigualdad Económica Fondo de Cultura Económica. México. 1997. p. 292.

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EUROPEOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Compilación. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984. p. 682

UPRIMNY, Rodrigo; RODRÍGUEZ, Cesar y VILLEGAS, Mauricio. ¿Justicia para Todos? Grupo Editorial Norma. 2006. p. 601.

WOLFANG, Bockenforde Ent.. Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho. Traducción R. Agapito Serrano. 2000. Editorial Trota.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho dúctil. Clásicos de la Cultura Editorial Trota Madrid. 1995. p. 173.