



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

Magister en Derecho UC – LLM

Teoría Política y Constitucional

Profesora – Marisol Peña

**MONOGRAFÍA SOBRE TEORÍA CONSTITUCIONAL:
EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN LA JUSTICIABILIDAD DE LOS
DERECHOS SOCIALES: EL CASO DEL DERECHO A LA SALUD EN LA
REPÚBLICA DE COLOMBIA**

Ana Rosa Buelvas Hernández

15 de junio de 2017

EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES: EL CASO DEL DERECHO A LA SALUD EN LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

El propósito del presente trabajo es exponer el rol fundamental que cumple el juez constitucional en tiempos de neoconstitucionalismo en la justiciabilidad de los derechos sociales específicamente en el derecho a la salud, enfocado en su alcance, desarrollo e interpretación constitucional.

En la actualidad, el estudio de la teoría constitucional contemporánea es de relevancia jurídica ya que nuestras constituciones actuales dejaron de ser constituciones meramente programáticas o cartas de navegación para convertirse en una norma vinculante y consecuentemente pueda ser exigido su cumplimiento. Es decir, nuestras constituciones gozan de fuerza normativa directa y por lo tanto las cláusulas contenidas en ella son vinculantes, es decir, son *constituciones materiales y garantizadas*¹.

Ahora bien, esta labor de garantizar la materialización de los derechos constitucionales se le encomienda precisamente al juez constitucional, pues en los tiempos actuales del neoconstitucionalismo él es el llamado no sólo a garantizarlos sino a interpretarlos y determinar sus alcances.

En consecuencia, los derechos fundamentales constitucionales como derechos sustantivos se convierten en la columna vertebral de todo el ordenamiento jurídico, lo que significa que genera derechos y obligaciones frente al poder público y demás relaciones jurídicas.

En efecto, entonces nos preguntamos si ¿puede decirse que la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido la justiciabilidad de los derechos

¹PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*. Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, p. 213. En Miguel Carbonell (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta, Madrid, pp. 213-235.

sociales, especialmente en el caso del derecho a la salud? Dicho lo anterior, nos remitiremos a describir y analizar la línea jurisprudencial que ha desarrollado nuestro tribunal constitucional en relación al derecho a la salud como derecho fundamental, especialmente revisaremos la sentencia T-760 de 2008, fallo hito en el tema.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN LOS TIEMPOS DE NEOCONSTITUCIONALISMO.

Por lo que se refiere a nuestras constituciones contemporáneas escritas podemos decir que contemplan no solamente la organización del poder político (parte orgánica) sino que también los derechos como principios y valores sustantivos que fundamentan todo el ordenamiento jurídico, así lo ha explicado el autor Prieto Sanchís cuando dice:

“Que una constitución es material significa aquí que presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices) pero en un idéntico sentido, que es decirle al poder no sólo como ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir, constitución material se opone a constitución formal o meramente procedimental.”²

De igual modo, el autor Monroy Cabra en su libro *“La interpretación constitucional”* establece que *“las normas constitucionales no tienen la misma estructura de las leyes. La diferencia es que contienen principios, valores sustantivos, conceptos jurídicos indeterminados, lo que hace su naturaleza como su interpretación son*

² PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*. Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, p.p. 213-214. En Miguel Carbonell (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta, Madrid, pp. 213-235.

especiales. (...) Hay que tener en cuenta que los principios constitucionales tienen valor normativo e interpretativo.”³ Dicho de otra manera “los principios (...), consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. (...) Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base [deontológico]-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden.”⁴

Lo que significa para el autor Prieto Sanchís que *“la convergencia de dos tradiciones constitucionales es lo que permite concebir a la constitución simultáneamente como un límite o garantía y como una norma directiva fundamental.”⁵*

En otras palabras, es un hecho pacífico en la doctrina reconocerle “fuerza normativa directa” o valor de norma a la Constitución, es decir, que la constitución tenga una finalidad directiva e imperativa, lo que hoy llamamos “el constitucionalismo de los derechos”.

Ahora bien, que nuestras constituciones sean materiales y garantizadas convocan a su efectividad, materialización y protección radicada en cabeza de los jueces, pues su tarea primordial ya no sólo consiste en la aplicación del tenor de la norma legal sino en la aplicación de las cláusulas constitucionales, como bien lo expresa Prieto Sanchís al plantear:

³MONROY CABRA, Marco Gerardo, *La Interpretación Constitucional*, Tercera Edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá D.C., 2013, p. 97.

⁴ Sentencia C-818/2005, 9 de agosto de 2005. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Rodrigo Escobar Gil. p.33.

⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, p. 214 vid. sobre ello M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, presentación de C. Álvarez Alonso, Trotta, Madrid, 2003, en especial p.p. 127 ss.

*“que una constitución al hallarse garantizada significa sencillamente que, como ocurre con cualquier otra norma primaria, su protección o efectividad se encomienda a los jueces; o, si se prefiere, que en el sistema existen normas secundarias, de organización y procedimiento, destinadas a depurar o sancionar la infracción de las normas sustantivas o relativas a derechos.”*⁶

De igual modo, expresa el autor Prieto Sanchís cuando se refiere al jurista Hans Kelsen:

*“que él era consciente de que una constitución sin garantía judicial carecía de virtualidad normativa, hasta el punto de dar vida a un modelo de justicia constitucional que se conoce como concentrado o kelseniano, pero lo era también de que una constitución plena de contenido material- si quería seguir siendo garantizada- implicaba una puerta abierta al decisionismo judicial intolerable para la democracia política.”*⁷

Así mismo, este autor manifiesta que justamente aquello que le preocupaba a Kelsen hoy es la *“seña de identidad del nuevo constitucionalismo; éste no sólo gira en torno a los derechos o, si se quiere también, a los valores y principios, sino que su aplicación se encuentra encomendada a los jueces, a todos los jueces y no sólo, ni principalmente, a un especialísimo Tribunal Constitucional”*⁸, es decir, aquí se verifica que el rol que cumple el juez constitucional es fundamental para garantizar los derechos fundamentales contemplados en nuestra Carta Magna, pues no sólo cumple con velar y proteger las cláusulas contenidas en la misma sino en el desarrollo, alcance e interpretación constitucional de las mismas. Es así como *“la interpretación jurídica que hacen los jueces debe conformarse a la*

⁶PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*. Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, p. 214. En Miguel Carbonell (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta, Madrid, pp. 213-235.

⁷ *Ibídem*, p. 215.

⁸ *Ibídem*, p. 215.

*Constitución porque esta es una unidad que prevalece sobre todo el ordenamiento jurídico”.*⁹

Esto confirma que *“no se trata sólo de la petrificación del ordenamiento en torno a la Constitución, sino de algo que en el fondo se considera más alarmante: la derrota del Estado legislativo (democrático) a manos del Estado jurisdiccional (elitista o aristocrático (...)).”*¹⁰

Así mismo, el profesor Monroy Cabra ha dicho al respecto que *“una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. Buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta, (...) pues los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico.”*¹¹ Es decir, el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución.

Hay que mencionar, además que Ferrajoli reconoce en la teoría neoconstitucionalista propuesta por Prieto Sanchís que hay un nexo entre constitucionalismo y garantismo, *“(...) identificando el estado constitucional de derecho el único orden institucional en el que es posible realizar el proyecto garantista, por medio de los vínculos sustanciales que la positivización del <deber ser> constitucional impone al propio derecho positivo: el garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se*

⁹MONROY CABRA, Marco Gerardo, *La Interpretación Constitucional*, Tercera Edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá D.C., 2013, p.188.

¹⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*. Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, p. 217. En Miguel Carbonell (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta, Madrid, pp. 213-235.

¹¹MONROY CABRA, Marco Gerardo, *La Interpretación Constitucional*, Tercera Edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá D.C., 2013, p.223.

*condensan en los derechos fundamentales*¹², es decir, no sólo se tiene en cuenta el carácter formal de las normas sino que también su dimensión sustancial basado en valores y principios, que a su vez le otorgan las condiciones de validez a toda la legislación positiva.

Por ende, es necesario recalcar que en los tiempos de neoconstitucionalismo la tarea encomendada a los jueces de garantizar y proteger los derechos fundamentales, el juicio de ponderación se convierte en la herramienta expedita y efectiva para ello, pues expresa Prieto Sanchís al referirse al Tribunal Constitucional Español *“que el propio tribunal ha ido perfilando como la herramienta fundamental para interpretar las cláusulas materiales de la Constitución y singularmente los derechos”*¹³, pues es la forma de materializar en el caso concreto el restablecimiento de los derechos fundamentales consagrados en nuestras constituciones. Más aún, si queremos ser más precisos nuestras constituciones nos proporcionan los mecanismos jurídicos de defensa de los derechos fundamentales, como por ejemplo en Colombia existe tanto la acción de tutela o de amparo como las acciones populares y de grupo, acciones igualmente constitucionales para propender dicho fin.

A su vez, nuestras constituciones gozan del principio de supremacía constitucional como característica fundamental del modelo de estado constitucional de derecho que se define como lo plantea el autor Antonio Manuel Peña Freire así: *“a) la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, sean de naturaleza liberal o social, b) la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo a derecho de todos los poderes públicos, y c) por la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute de los derechos de carácter liberal y a la efectividad de los sociales”*.¹⁴

¹² FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, 2009, p. 16.

¹³ PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, p. 220. En Miguel Carbonell (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, pp. 213-235.

¹⁴ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Editorial Trotta, Madrid, 1997, p.37.

En el mismo sentido el autor Luigi Ferrajoli define el Estado constitucional de derecho en relación con el carácter democrático- representativo de los sistemas políticos *“como un sistema de límites impuestos al mismo y referidos a la garantía de los derechos fundamentales de todos, la sujeción a la ley de todos los poderes públicos, el control de legalidad de sus actuaciones y su funcionalización a la tutela y satisfacción de los derechos constitucionales garantizados”*.¹⁵

Es decir, los derechos fundamentales son columna vertebral de todo el ordenamiento jurídico e irradian, impregnan o inundan sobre el conjunto del sistema¹⁶, pues todas las demás normas legales subordinadas deben estar conforme a la Constitución, por lo que en consecuencia se concibe a los *“derechos como normas supremas, efectiva y directamente vinculantes, que pueden y deben ser observadas en toda operación de interpretación y aplicación del derecho”*¹⁷. Lo que significa en definitiva que detrás de cada norma legal se extrae implícitamente un principio o valor constitucional.

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

¹⁵FERRAJOLI, Luigi. *El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad* en Andrés Ibáñez (comp.), 1996. En Marco Gerardo Monroy Cabra, *La interpretación constitucional*, Tercera Edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá D.C., 2013, p.187.

¹⁶PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, p. 216. En Miguel Carbonell (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, pp. 213-235.

¹⁷ *Ibidem*, p.216.

eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación.”¹⁸

Igualmente lo ha establecido el tribunal constitucional español en el fallo STC 15/1992 que *“los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos.”¹⁹*

Respecto a esto, ha establecido la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-818/2005 que los principios constitucionales *“como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico. Se reconoce a los principios como fundamento, en la medida en que contribuyen a la organización deontológica de las distintas instituciones que dan soporte a la vida jurídica, esto es, fijan los criterios básicos o pilares estructurales de una determinada situación o relación social que goza de trascendencia o importancia para el derecho. En cuanto a su función como instrumento para la interpretación, esta Corporación ha dicho que los principios se convierten en guías hermenéuticas para descifrar el contenido normativo de las reglas jurídicas que al momento de su aplicación resulten oscuras, dudosas, imprecisas, indeterminadas o aun contradictorias en relación con otras normas de rango superior, incluyendo dentro de las mismas a los principios de naturaleza constitucional. Finalmente, los principios cumplen una función de integración, ya que asumen el rol de fuente formal del derecho ante la insuficiencia material de la*

¹⁸MONROY CABRA, Marco Gerardo, *La Interpretación Constitucional*, Tercera Edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá D.C., 2013, p.225.

¹⁹PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, p. 216. En Miguel Carbonell (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, pp. 213-235.

ley para regular todas y cada una de las situaciones que se puedan presentar en el devenir social. ”²⁰

Sin embargo, expresa el jurista Ferrajoli en su obra “Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia” que *“el paradigma garantista puede expandirse (y en el plano normativo ha ido efectivamente expandiéndose) en tres direcciones: hacia la tutela de los derechos sociales y no sólo de los derechos de libertad, frente a los poderes privados y en el ámbito internacional y no sólo estatal.* ”²¹

En igual sentido, expresa este autor que *“gracias a esta ampliación del modelo del estado de derecho, que consiste en imponer a la esfera pública no sólo límites sino también vínculos, no sólo prohibiciones de lesión (o garantías negativas) sino también obligaciones de prestación (o garantías positivas), el estado ha ampliado y reforzado sus fuentes de legitimación.* ”²²

De manera semejante, manifiesta Prieto Sanchís *“que los derechos prestacionales gozan de un núcleo indisponible significa, al menos, que algunas prestaciones representan auténticos derechos fundamentales, es decir, pretensiones subjetivas jurídicamente reconocibles con independencia de la mayoría política.* ”²³

Lo que significa para Miguel Carbonell al establecer *“que también los derechos sociales son, o en todo caso pueden llegar a ser, justiciables a través del desarrollo de técnicas adecuadas de garantía secundaria ”*²⁴, lo que quiere decir que nuestra constitución nos brinda los medios para poder hacer efectivo la protección de estos derechos, pues su distinción no es pretexto para menoscabar su cumplimiento por parte del Estado.

²⁰ Sentencia C-818/2005, 9 de agosto de 2005. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Rodrigo Escobar Gil. p.3.

²¹FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, 2009, p. 113.

²² *Ibidem*, p.p. 113-114.

²³PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, p. 233. En Miguel Carbonell (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, pp. 213-235.

²⁴ V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004. En Luigi Ferrajoli, *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006, p. 115.

No obstante, *“la existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad; cualquiera que sea la forma como se la describa; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste también es justiciable”*²⁵.

En otras palabras, *“el enriquecimiento o acumulación conceptual ocasionado por esta segunda oleada de los derechos inherentes al ser humano abrazó a los propios derechos liberales, cuyas dimensiones prestacionales afloraron o adquirieron una significación distinta en la nueva realidad y en la nueva concepción, vinculada a la noción del Estado Social de derecho o del constitucionalismo social (...)”*²⁶, puesto que en el ideal constitucional de nuestros tiempos hay una identificación desde el punto de vista histórico, diferenciado y pluralista en relación con la propia constitución, ya que las sociedades durante generaciones han luchado por la transformación del derecho positivo extendiendo el paradigma constitucional a nuevos derechos reivindicados y positivamente conquistados²⁷.

Por lo anterior, lo dicho hasta aquí supone realizar un análisis de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia respecto a la justiciabilidad del derecho a la salud, contemplado en principio en nuestra constitución como un derecho social, en especial el fallo T-760 de 2008, y como este tribunal ha determinado su desarrollo y alcance.

En primera medida, el Tribunal Constitucional colombiano ha sostenido a través de los años de manera reiterada en su jurisprudencia que el derecho a la salud es fundamental cuando hay conexión con el derecho a la vida, así:

“ a) Que los tratamientos médicos, quirúrgicos y la entrega de medicamentos por parte de las Empresas Promotoras de Salud, puede ordenarse por vía de tutela cuando se ampara la salud como derecho

²⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993. P 496. En Jesús María Casal, *Desafíos en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales*, 2015, p.7.

²⁶ CASAL, Jesús María, *Desafíos en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales*, 2015, p. 10. En Víctor Bazán (Ed). *Justicia constitucional y derechos fundamentales* N° 5. Fundación Konrad Adenauer, Colombia, 2015, p.p 21-45.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, 2009, p. 31.

fundamental por conexidad con el derecho a la vida (Sentencia T-230/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero). Lo que la Corte ha expresado que: en principio, la salud no es un derecho prestacional (Sents. T-395/98, T-076/99, T-131/99). Sin embargo, éste puede adquirir el rango fundamental cuando se encuentra inescindiblemente ligado al derecho a la vida, pues si es necesario garantizar este último a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar la dignidad de las personas, (Sents. T-271/95, T-494/93, T-395/98), la salud se convierte en derecho fundamental por conexidad. De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente (SU-111/97, SU-039/98, T-236/98, T-395/98, T-489/98, T-560/98, T-171/99, entre otras), en los eventos en que por su conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas (Sents. T-271/95 y T-494/93).

b) En consecuencia, cuando se trata del derecho a la salud, su exigencia inmediata es apreciable sólo en el caso concreto y depende de cada situación y cada derecho del derecho involucrado (Sent. T-207/95).

c) Cuando la salud adquiere el rango de derecho fundamental, es susceptible de amparo a través de la tutela. Pero, cuando mantiene su carácter prestacional, puede ser exigible a través de otros mecanismos judiciales de defensa diferentes a la tutela (Sent. T-230/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero).²⁸

Ahora bien, la Corte en la sentencia T-760 de 2008 manifiesta que el derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental y que por tanto ha sido protegido por 3 vías: la primera estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad: la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección,

²⁸ MONROY CABRA, Marco Gerardo, *La Interpretación Constitucional*, Tercera Edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá D.C., 2013, p.p. 234-235.

lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que en un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado: la tercera es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud a lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.²⁹

Además, ha expresado la Corte que para que un derecho se considere fundamental debe reunir estos requisitos: *“a) Conexión directa con los principios; b) Eficacia directa sin que sea necesaria una intermediación normativa, y c) el contenido esencial, que es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas.”*³⁰

Con respecto a la primera vía de protección, que es la que nos atañe principalmente en este trabajo, como lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional su postura respecto a qué es un derecho fundamental *“(…) ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona. Aunque la Corte ha coincidido en señalar que el carácter fundamental de un derecho no se debe a que el texto constitucional lo diga expresamente, o a que ubique el artículo correspondiente dentro de un determinado capítulo, no existe en su jurisprudencia un consenso respecto a qué se ha de entender por derecho fundamental. Esta diversidad de posturas, sin embargo, sí sirvió para evitar una lectura textualista y restrictiva de la carta de derechos, contraria a la concepción generosa y expansiva que la propia Constitución Política demanda en su artículo 94, al establecer que no todos los derechos están consagrados expresamente en el texto, pues no pueden negarse como derechos aquellos que ‘siendo inherentes a la persona humana’, no*

²⁹ Sentencia T-760 de 2008, 31 de julio de 2008. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. p.p. 15-16.

³⁰ MONROY CABRA, Marco Gerardo, *La Interpretación Constitucional*, Tercera Edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá D.C., 2013, p.p.225-226.

*estén enunciados en la Carta*³¹, lo que significa que uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión derechos fundamentales es el concepto de dignidad humana.

En el mismo sentido, para la jurisprudencia constitucional la clasificación de los derechos fundamentales constitucionales agrupándolos por generaciones debe tener una relevancia académica, más no jurídica o conceptual. Según la Corte, “[l]a creencia de que los derechos de libertad no suponen gasto y que en cambio los derechos sociales, económicos y culturales sí, ha llevado a salvaguardar decididamente la protección inmediata de los primeros, mientras que la de los segundos no. Desde su inicio, la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien el carácter prestacional de los derechos constitucionales está estrechamente relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales, no se trata de dos categorías idénticas, que coincidan.”³²

Respecto a este punto, ha expresado el autor Jesús Casal que la Corte Constitucional de Colombia ha desestimado que por la forma de consagración de los derechos en el texto constitucional *per se* se entiendan fundamentales o sociales, pues en este entendido el tribunal ha considerado que este criterio formal es insuficiente, incompleto e inapropiado porque “entre otras razones algunos derechos están fuera de ese capítulo (derechos fundamentales) y porque el artículo 94 de esa constitución contiene una apertura a derechos inherentes a la persona humana que no figuran en el texto constitucional y es claro que los derechos inherentes a la persona son fundamentales.”³³

La jurisprudencia constitucional considera entonces, “que la condición de ‘*prestacional*’ no se predica de la categoría ‘*derecho*’, sino de la ‘*faceta de un derecho*’. Es un error categorial hablar de ‘*derechos prestacionales*’, pues, como

³¹ Sentencia T-760 de 2008, 31 de julio de 2008. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. p.p.17-18.

³² *Ibidem*, p. 29.

³³ CASAL, Jesús María, *Desafíos en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales*, 2015, p.p 6-7. En Víctor Bazán (Ed). *Justicia constitucional y derechos fundamentales* N° 5. Fundación Konrad Adenauer, Colombia, 2015, p.p.21-45.

se dijo, todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales”³⁴, en otras palabras, los derechos de libertad también pueden contener un elemento prestacional.

En consecuencia, *“la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos, (1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados.”*³⁵ Dicho de otra manera, en el caso en que el juez de tutela constata la violación de una faceta prestacional de un derecho fundamental, debe protegerlo adoptando órdenes encaminadas a garantizar su goce efectivo, pero que a su vez sean respetuosas del proceso público de debate, decisión y ejecución de políticas, propio de una democracia. Por tanto, no es su deber indicar a la autoridad responsable, específicamente, cuáles han de ser las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho, pero sí debe adoptar las decisiones y órdenes que aseguren que tales medidas sean adoptadas, promoviendo a la vez la participación ciudadana.

En conclusión, la labor que ha realizado nuestro tribunal es garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean derechos de libertad o sociales, ya que es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en un Estado Social de Derecho, es decir, el control que realizan los jueces y tribunales en el Estado constitucional contemporáneo resulta siendo la fórmula para la mejor relación seguridad jurídica-justicia, pues también es un portador de la visión institucional del interés general ya que al poner en relación las normas constitucionales con la ley y los hechos del caso concreto hace uso de su discrecionalidad interpretativa que delimita el sentido político de nuestras constituciones contemporáneas, tanto así que la nueva relación que existe entre derechos fundamentales y jueces ha generado

³⁴ Sentencia T-760 de 2008, 31 de julio de 2008. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. p.30.

³⁵ *Ibidem*, p. 35.

una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos fundamentales, pues actualmente los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela.

Por tal razón, los anteriores pronunciamientos realizados por nuestro Tribunal Constitucional han establecido la guía u orientación al legislador para regular el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo de invocación directa, lo que se materializó en dicho poder en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 para la protección y garantía de este derecho fundamental.

BIBLIOGRAFIA

- CASAL, Jesús María, *Desafíos en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales*, 2015. En Víctor Bazán (Ed). Justicia constitucional y derechos fundamentales N° 5. Fundación Konrad Adenauer, Colombia, 2015, p.p.21-45.
- FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, 2009.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *La Interpretación Constitucional*, Tercera Edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá D.C., 2013.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*. Universidad de Castilla-La Mancha, 2007. En Miguel Carbonell (Ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Editorial Trotta, Madrid, p.p. 213-235.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, p. 214 vid. sobre ello M. Fioravanti, Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones, presentación de C. Álvarez Alonso, Trotta, Madrid, 2003, en especial p.p. 127 ss.
- Sentencia C-818/2005, 9 de agosto de 2005. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia T-760 de 2008, 31 de julio de 2008. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.