



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

Magister en Derecho UC – LLM

Estado de Derecho y Discrecionalidad Administrativa

Profesor – Gustavo Fiamma Olivares

**MONOGRAFÍA SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL
ESTADO SOCIAL DE DERECHO: EL CASO DEL DERECHO A LA SALUD EN LA
REPÚBLICA DE COLOMBIA**

Ana Rosa Buelvas Hernández

21 de noviembre de 2017

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: EL CASO DEL DERECHO A LA SALUD EN LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Desde sus inicios hasta en la actualidad, el Estado de Derecho ha jugado un papel fundamental en el desarrollo de la teoría constitucional contemporánea y consiguientemente en el reconocimiento de los derechos fundamentales, por lo que es de relevancia jurídica entender el alcance de nuestras constituciones actuales, que 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.

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.

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

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.

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.

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 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”.

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*

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.

*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.*⁶ 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.

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"*.⁷

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"*.⁸

Es decir, los derechos fundamentales son columna vertebral de todo el ordenamiento jurídico e irradian, impregnan o inundan sobre el conjunto del sistema⁹, 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"*¹⁰. Lo que significa en definitiva que detrás de cada norma legal se extrae implícitamente un principio o valor constitucional.

⁶MONROY CABRA, Marco Gerardo, *La Interpretación Constitucional*, Tercera Edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá D.C., 2013, p.223.

⁷ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Editorial Trotta, Madrid, 1997, p.37.

⁸FERRAJOLI, 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.

⁹PRIETO 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.

¹⁰ *Ibidem*, p.216.

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 si no 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 eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación.”*¹¹

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.”*¹²

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.”*¹³

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.”*¹⁴

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*

¹¹MONROY CABRA, Marco Gerardo, *La Interpretación Constitucional*, Tercera Edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá D.C., 2013, p.225.

¹²FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, 2009, p. 113.

¹³*Ibidem*, p.p. 113-114.

¹⁴PRIETO 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.

adecuadas de garantía secundaria ”¹⁵, 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.

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 (...)”*¹⁶, 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 conquistados¹⁷.

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, 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.¹⁸

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, 2009, p. 31.

¹⁸ Sentencia T-760 de 2008, 31 de julio de 2008. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. p.p. 15-16.

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.”¹⁹

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 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.

¹⁹ *Ibidem*, p. 29.