Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

PREMIO MEJOR INVESTIGACIÓN
EN DERECHOS HUMANOS

DERECHOS FUNDAMENTALES A MEDIAS E INTEGRALIDAD DE DERECHOS

CARLOS ALBERTO PERDOMO CASTAÑO

XX Aniversario
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991
Principios fundamentales, derechos humanos y deberes sociales.

DERECHOS FUNDAMENTALES A MEDIAS e integralidad de derechos

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991:
Principios, derechos y deberes sociales

Derechos Humanos para vivir en paz.
José Fernando Castro Caycedo, In Memoriam.

Lo que hace universales a los Derechos Humanos es
"ser ese marco que permita a todos ir creando las condiciones que garanticen de un modo igualitario y generalizado su acceso a los bienes materiales e inmateriales que hacen que la vida sea digna de ser vivida".

(...) Es principio fundamental y esencial el *"progresivo aumento del espacio de libertad humana, junto a la constante humanización de las condiciones sociales"*.
Joaquín Herrera Flores, In Memoriam.

En la *"superación de la lucha competitiva por la supervivencia y el reconocimiento de una responsabilidad colectiva en la satisfacción de las necesidades básicas de todos los miembros de la comunidad"*.
Jesús González Amuchastegui, In Memoriam.

... y la visión general de poder contribuir
"a *salvar socialmente la humanidad y ambientalmente la tierra"*.
Foro Social Mundial.

* * *

La amenaza de la barbarie no ha desaparecido por completo y nuestra indignación contra la injusticia permanece intacta.

Stéphane, Hessel, 2010.
Redactor Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

P433d

Derechos fundamentales a medias e integralidad de derechos. Carlos Alberto Perdomo Castaño. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2011. 211p.p

ISBN: 978-958-8571-38-6

DERECHOS FUNDAMENTALES / DERECHOS HUMANOS / DERECHO FUNDAMENTAL AL MINIMO VITAL / JURISPRUDENCIA /COLOMBIA / INTEGRALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS / DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS / OBSERVACIONES GENERALES PIDESC / ONU

Créditos y referencia

Vólmar Antonio Pérez Ortiz
Defensor del Pueblo

Gloria Elsa Ramírez Vanegas
Secretaria General

Consuelo Rivera Pineda
Secretaria Privada

Hernando Toro Parra
Director Nacional de Promoción y Divulgación de Derechos Humanos

Javier Alfonso Gómez Contreras
Coordinador Oficina de Gestión del Talento Humano

Luisa Fernanda Bernal Carvajal, Felipe Vargas Rodríguez, Sonia Milena Vieda, Leonardo Bahos Rodríguez e Irina Laino Ramírez. Jairo Bautista Toloza (Apoyo administrativo en Imprenta Nacional). Comité Nacional de Incentivos

Fernando Iriarte Martínez
Revisión de textos

Iván Mauricio Delgado
Portada.

Ilustración-portada: *"El Quijote y Sancho"*. Rodrigo Medina Gómez, 2008.
Pintor antioqueño, técnica tintilla. Ilustraciones. Colección y fotografía Capc.

Revisión final, diseño, diagramación e impresión
Imprenta Nacional

Contenido

Presentación 9

La Constitución Política de Colombia y su vigencia en derechos humanos y deberes sociales. 13

Introducción 15

A manera de planteamiento 19

¿UNA TEORÍA SOSTENIBLE DE LA INTEGRALIDAD E INTEGRIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Lo teórico y jurídico del principio de la integralidad 37

A. DEVENIR NORMATIVO DE UN CONCEPTO 41

1. El principio de la integralidad en el derecho público internacional de los derechos humanos 41
2. La existencia del principio de la integralidad en el ámbito iberoamericano del Sur 51

B. APRECIACIONES, CONCEPTOS Y FUNDAMENTOS QUE HABLAN DEL PRINCIPIO DE LA INTEGRALIDAD 55

1. En la argumentación antropológica, la dignidad humana debe realizarse de manera integral 55
2. Acerca del por qué hay que considerar al titular de derechos como persona íntegra y del por qué, para su fundamentación, es necesaria una escuela crítica de derechos humanos 57
3. La teoría crítica y alternativa de derechos humanos de Joaquín Herrera Flores y los asuntos que resuelve 59
4. Los derechos para no ser tratados en abstracto requieren de la visión socioeconómica de los derechos humanos en el desarrollo. Lo estudiado por Amartya Sen. 70
5. ¿La integralidad es una especie de fundamentación éticojurídica de los derechos humanos? 84

a. Los principios determinadores y el concepto de derechos humanos del Estado social de derechos humanos del socialismo liberal de Jesús González Amuchastegui 84

b. El aporte del concepto de derechos sociales fundamentales y de derecho al mínimo vital en Rodolfo Arango 98

c. El aporte sobre la justiciabilidad y la exigibilidad de los derechos sociales de Abramovich-Courtis 112

6. Los derechos humanos del Estado social en el Estado demoliberalconservador de derecho. Aproximación..... 119

C. La jurisprudencia constitucional colombiana en la integralidad. 127

1. El concepto sobre el derecho al mínimo vital y el concepto de derechos sociales fundamentales en la jurisprudencia constitucional colombiana como avance del PdI 127

a_1. El concepto jurisprudencial sobre el derecho al mínimo vital en la Corte Constitucional colombiana 129

a_2. Los niveles mínimos de satisfacción de los derechos constitucionales en el estado de cosas inconstitucional de las personas en situación de desplazamiento. La T-025 de 2004..... 140

a_3. El avance jurisprudencial de fundamentalización de los derechos humanos según el principio de la integralidad en la justicia constitucional colombiana. La sentencia T-760/08. 148

b. Desarrollos jurisprudenciales de la integralidad en los derechos de los sujetos de especial protección. Observatorio de justicia constitucional 163

c. La sentencia T- 091 de 2010 sobre el derecho fundamental al acceso de agua potable 166

D. A MANERA DE CONSIDERACIONES FINALES y de propuesta normativa 169

Adenda 1. La Declaración Mundial de Viena de 1993 Antecedentes, contexto y significado del ordinal 5 del PdI 185

Adenda 2. Discusión sobre la fundamentalización integral del derecho al agua 193

BIBLIOGRAFÍA 201

Dedicatoria y agradecimientos

A los imprescindibles franciscanos[1] del humanismo social, ambiental y humanitario, defensores y promotores de los derechos humanos en nuestro tiempo. A los sujetos de especial protección que aún no tienen resueltos sus derechos fundamentales e integrales: En el respeto de la vida y la reivindicación de sus condiciones dignas y justas.

En la obra de todos los siempre presentes. De quienes consagraron su vida y de quienes fueron inmolados en el anhelo de un nuevo país; en su legado a la Constitución de 1991, su mandato constituyente de derechos humanos, dignidad, diversidad, pluralismo y Estado social de derecho. A la Corte Constitucional, a la Defensoría del Pueblo y a sus Defensores, en memoria de José Fernando Castro Caycedo.

A las universidades Santo Tomás y Konstanz- Alemania y ESAP- Instituto de Derechos Humanos Guillermo Cano. A la Autónoma de Colombia y a la Universidad del Tolima que me aportaron formación. A la Topografía colombiana, de la que también he hecho parte

En la memoria de los defensores Eduardo Umaña, Alfredo Vásquez Carrizosa, Jesús González Amuchastegui, Joaquín Herrera Flórez, en la convergencia de sus identidades y diferencias. Y a Álvaro Echeverri y demás inspiradores y referentes de este libro.

Y especialmente, a mi hija Margoth y a Yolita. A mis queridas abuela Lucrecia, madre Margarita Myriam, Marinita y mi querido viejo Benicio. A Mario y demás hermanos y familiares, amigas y amigos de toda la vida; compañeros de trabajo y de la academia, profesores, tutores, monitores, estudiantes; todas y todos queridos: esta apuesta a una utopía realizable, si es posible.

---

[1] Nuevamente puestos en vigencia, entre otros, por Toni Negri y Michael Hart al final de su obra Imperio.

El corazón del hombre puede endurecerse; puede hacerse inhumano,
pero nunca dejar de ser humano (…).
Todos estamos determinados por el hecho de que hemos nacido humanos
y, en consecuencia, por la tarea interminable de tener que elegir constantemente.
Tenemos que elegir los medios juntamente con los fines
(…) las elecciones erróneas nos hacen incapaces de salvarnos.

En realidad (...) ningún saber nos ayudara si hemos perdido
la capacidad de conmovernos
con la desgracia de otro ser humano, con la mirada amistosa de otra persona,
con el canto de un pájaro, con el verdor del césped.

Si el hombre se hace indiferente a la vida,
no hay ya ninguna esperanza de que pueda elegir el bien. Entonces, ciertamente,
su corazón se habrá endurecido tanto, que su vida habrá terminado.

Si ocurriera esto a toda la especie humana,
la vida de la humanidad se habrá extinguido en el momento
mismo en que mas prometía.

Erich Fromm[2].

[2] Erich Fromm 1979. *El corazón del hombre,* México, FCE -Cit. Norma. Perdomo, Participar 6, 1993, p.30.

PRESENTACIÓN

Esta obra que entrega el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás y defensor y promotor de derechos humanos de la Defensoría del Pueblo, doctor Carlos Alberto Perdomo Castaño, que tengo el honor y agrado de presentar, es el desarrollo de la disertación académica que inicialmente publicó en Res PÚBLICA (Revista N°1, 2008. USTA, Maestría en Derecho Público), en la cual indagó sobre el concepto de los derechos fundamentales de las constituciones de Alemania, España y Colombia en relación con el principio de la integralidad en los derechos fundamentales. Es también producto de la trayectoria del autor en la Defensoría del Pueblo, institución instaurada por la Constitución Política de Colombia de 1991 (CPC) con la misión y responsabilidad de velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, entidad a la cual se vinculó después de su labor de asesor constitucional en la Asamblea Nacional Constituyente que produjo la CPC, hace 20 años.

La formulación que propone el autor en este texto es la de que los derechos fundamentales, como denominación, desconoce el principio de integralidad de los derechos humanos, dado que sólo comprenden los derechos humanos subjetivos e individuales de carácter civil y político y excepcionalmente, por conexidad, los derechos sociales como mínimos vitales y colectivos, lo cual los constituye en derechos a medias, puesto que no establece a los derechos sociales como fundamentales. Tal planteamiento es plenamente concordante con mi aseveración de que *"no podemos decir que existan unos derechos más importantes que otros, o que existan unos derechos más fundamentales que otros",* posición enunciada en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y que se anticipó a la Declaración Mundial y el Programa de Acción de Viena de la ONU.

La investigación que sirvió de soporte a este texto es resultado de un estudio crítico y propositivo, metódico y riguroso sobre la integralidad de los derechos fundamentales que finalmente produjo el trabajo académico en derecho público galardonado por las universidades Santo Tomás y Konstanz de Alemania -en convenio- titulado *Aproximación al principio de la integralidad de los derechos humanos en los derechos fundamentales,* el cual posteriormente se reformuló en la primera parte de su investigación, entregándonos la obra que hoy presentamos. El trabajo tiene la virtud de concretar el debate jurídico político y social de qué hacer con tantas jerarquías de derechos y "a medias", logrando dar una respuesta que implica un cambio de racionalidad y una aplicación práctica, con la obligación de asumir una perspectiva ética, normativa e institucional, en la que se debe reconocer y asumir la integralidad de los derechos humanos y la aplicación efectiva de los mismos.

La obra devela especialmente el compromiso persistente de su autor en la defensa y promoción de los derechos humanos de carácter social; sus actividades colectivas y gremiales; es coherente en su pensamiento y trayectoria. Se destaca de su actividad profesional y social en el cargo de defensor del pueblo regional de Bogotá (1998-1999) la defensa radical y consecuente de sectores vulnerables como los vendedores ambulantes, que incidieron en su reubicación y el apoyo que les garantizara su sustento; de los desplazados por la violencia requiriendo la ayuda humanitaria vital. Desde su posición ofreció apoyo a las personas sometidas a hacinamiento en las estaciones de policía y en las cárceles para que se les garantizara condiciones dignas de reclusión. Procuró la defensa de los enfermos en los hospitales oponiéndose a que fueran retenidos por falta de pago. Promovió y orientó el trámite de derechos de petición colectivos en los que se solicitaba ampliación de términos para reclamaciones en materia de impuestos. Participó como mediador en los casos de rehenes en asaltos bancarios para que se protegiera en forma debida la integridad y la vida, incluyendo la de los propios asaltantes, exponiendo en ejercicio de la mediación defensorial su propia integridad e igualmente procuró la defensa de las mujeres en condición de explotación sexual exigiendo que no fuesen sometidas a exterminio "por bandas de limpieza social".

Finalizo uniéndome expresamente a la preocupación vinculada con el asunto central del libro y compartida por muchos, en lo relativo al tema de la regla fiscal, mediante la cual se determinaría el alcance concreto de los derechos sociales y económicos consagrados en la Constitución asegurando una sostenibilidad fiscal que supuestamente les daría continuidad a estos derechos básicos del Estado Social de Derecho. Ello como bien se ha afirmado, efectivamente, limitaría la progresividad y disponibilidad de los recursos para garantizar la efectividad de los derechos sociales, suprimiendo los avances de la jurisprudencia constitucional en esta materia, produciendo, sin duda, la "sustitución a la Constitución"[3] al reducir la dimensión social del Estado a su condición de a "medias", como bien se sostiene en el conjunto de la obra que aquí presentamos. En definitiva, el trabajo por su contenido, estructura, planteamientos

[3] http://www.plural.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=82:diezrazones&catid=38:sostenibilidad-fiscal&Itemid=109

y desarrollo, puede afirmarse que constituye un aporte altamente significativo que enriquece la temática sobre los derechos sociales, derechos que dan especificidad y existencia al Estado Social de Derecho.

ÁLVARO ECHEVERRI URUBURU
Exconstituyente.
Decano de la Facultad de Derecho y
Director Maestria en Derecho Público U. Sto. Tomás.

La Constitución Política de Colombia y su vigencia en principios, derechos humanos y deberes sociales[4]

A propósito del XX aniversario y de su devenir

La normativa fundamental del orden político constitucional colombiano tuvo posibilidad jurídica en virtud del mandato de *"fortalecer la democracia participativa y lograr la paz con democracia en un Estado social de derecho"* –texto original de la séptima papeleta–, gracias al Decreto 927 de 3 de mayo de 1990 y la respectiva sentencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ, fallo del 24 de mayo de 1990), los acuerdos de 2 y 23 de agosto de Casa de Nariño, el Decreto 1926 de 24 de agosto y el fallo de la CSJ del 9 de octubre del mismo año.

En su devenir, le antecedió un proceso de participación ciudadana para realizar un nuevo pacto de reforma global de la Constitución, que requería mayoritariamente (en un 79%) incluir los derechos humanos y sus garantías sociales, el cual se definió en una elección constituyente, primigenia y pluralista, realizada mediante sufragio universal directo. El acumulado histórico confluyó en un momento de refundación para "*salvar a Colombia*", después de reconocerse a través de la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ, 24 de mayo de 1990) "l*os múltiples hechos de violencia que horrorizaban al país, la insuficiencia de las instituciones para enfrentar las diversas formas de violencia, el clamor público y notorio por un cambio constitucional y 'ante el fracaso de los órganos del Estado responsables*". Su mandato se

[4] Este texto se basa en *La Constitución Política de Colombia de 1991:* http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/09/ ind_1.pdf, del autor. La conmemoración de los 20 años de la Constitución Política de Colombia de 1991 se ha sintetizado con el lema "Tus derechos son mis deberes", el cual deberia reformularse con "tus derechos son mis derechos y deberes", aditiva que corresponde al carácter universal de todos los derechos y titulares, así como, en el entendido de que los deberes no son precondición de los derechos de la persona.

concretó en un acuerdo fundamental de convivencia ciudadana que determina y dirige el contenido de sus normas, estableciendo y orientando el sistema político y jurídico institucional para solucionar la crisis estructural y afrontar, desde el constitucionalismo de los derechos humanos y el Estado social de derecho, el irrespeto y violación de la persona y su dignidad humana.

La nueva Carta constitucional se decretó democráticamente en 1991 por la Asamblea Nacional Constituyente en ejercicio del poder soberano y en representación del pueblo, con el fin de "*fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz*" (Preámbulo). Estableciendo, como norma de normas, los "principios fundamentales" del Estado social y democrático participativo de derecho, su fundamento en el respeto de la dignidad humana y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural; con la "finalidad esencial" de garantizar la efectividad de los derechos, el reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de la persona y la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos en su integralidad y unos mecanismos constitucionales de protección, con la responsabilidad del Estado y sus servidores y con el debido cumplimiento de los derechos y deberes sociales[5].

Este acuerdo fundamental decretado como "*mandato normativo supremo del pueblo en ejercicio delegatario de su soberanía*" sigue vigente –en evidencia notoria y permanente de "*características constantes y estructurales*" (Restrepo Piedrahita-Valencia Villa)-, con la finalidad primordial de erradicar en el país asuntos graves y críticos como los de la persistencia de violaciones graves a la democracia y a derechos agravada con delitos de lesa humanidad, la desigualdad extremada y un conflicto criminal y de exterminio –con un acumulado "*millonario*" de víctimas de masacres, desplazamientos, desaparición forzada, secuestro y homicidios, persecución, destrucción de familias y proyectos de vida (…)– y de instrumentalización, cuando no de rechazo, de la posibilidad de acuerdos humanitarios sobre el artículo 3 común de los pactos de Derecho Internacional Humanitario (DIH). Lo cual –y a nuestro juicio-, requiere de su empoderamiento (de actitud y aptitud) generalizado y de seguir perseverando -a sus escasos 20 años– en la atención y el respeto pleno de la dignidad humana, mediante la tutela efectiva –y no exclusivamente judicial– de los derechos fundamentales, lo cual obliga a soluciones estructurales y serias, propias del avance a un modelo de desarrollo humano y de convivencia ciudadana y justicia social, que se le adecue "*en forma apropiada y efectiva*" y que imposibilite la restricción reglada o desconocimiento de los derechos sociales en su integridad y fundamentalidad, asunto central de su refundación como Estado social y objeto de nuestro estudio.

[5] Defensoría del Pueblo. *Observatorio de Justicia Constitucional de derechos humanos.* http://www.defensoria.org.co/?_s=ojc&_es=0&_a=0

INTRODUCCIÓN

Caminante, son tus huellas el camino y nada más;
caminante no hay camino, se hace camino al andar.
MACHADO-SERRAT. CANTARES

Esta obra se refiere a la concepción y a los rasgos esenciales de los derechos humanos como *derechos integrales*[6] de todas y cada una de las personas y asume los derechos sociales fundamentales como característica propia y definitoria del Estado social y democrático de derecho, demostrando que su problemática esencial son "los derechos fundamentales a medias". Tiene el propósito de aplicar, de manera coherente y consecuente, la igualdad de todos los derechos humanos y de sus titulares, para la concreción normativa y material de los principios de universalidad de la dignidad humana y la democracia participativa, la igualdad, la solidaridad y la autonomía; se propone hacer un aporte significativo a la igualdad "real y efectiva", en "condiciones dignas y justas" de la persona humana, normas moduladoras que implican valoraciones de importancia constitucional que avanzan en la implantación concreta de los principios citados, inclusive, como conceptos propios del buen vivir que concibe el constitucionalismo iberoamericano del Sur, dados sus avances normativos del principio de integralidad (PdI).

---

[6] *El inicio del estudio.* Viene de un trabajo inédito titulado *Nociones, conceptos y conceptualizaciones de derechos humanos*, así como de intervenciones sobre el tema, en el impulso inicial del Equipo ampliado de promoción y de la Red Nacional de Promotores de la Defensoría del Pueblo de Colombia, cuando se pudo constatar la enunciación del principio y la existencia de aportes importantes para su fundamentación. También, tenemos que decirlo, del desconcierto persistente por la ostensible falta de avance normativo e institucional y de aplicación necesaria, a pesar de estar antecedido de las Observaciones Generales al PIDESC y, actualmente, de estar seguido por el concepto de Seguridad humana de la ONU y por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Su línea conceptual se inscribe en el devenir de una sociedad y un Estado social democrático de derechos humanos que asumen seriamente la legitimidad que lo define en derecho como social y democrático y se proyecta en el *"progresivo aumento del espacio de libertad humana, junto a la constante humanización de las condiciones sociales"* planteada por la teoría crítica de los derechos humanos desde la *Escuela de Budapest* (Hungría) rehabilitada por Antonio Enrique Pérez Luño y Joaquín Herrera Flores. Esta tendencia a su vez la concordamos con la perspectiva formulada posteriormente por Jesús González Amuchastegui[7] de *"superación de la lucha competitiva por la supervivencia y el reconocimiento de una responsabilidad colectiva en la satisfacción de las necesidades básicas de todos los miembros de la comunidad"*, y la visión general de poder contribuir a *salvar socialmente la humanidad y ambientalmente la tierra*, tal como lo sentenció en su oportunidad el Foro Social Mundial.

Trata del respeto y realización efectiva de los derechos humanos del presente como derechos fundamentales, básicos y vitales de todas las personas, tema difícil que preocupa y compromete a los defensores de los derechos humanos en la justificación de la legitimidad, la constitucionalidad y la aplicabilidad de los derechos sociales fundamentales. Desde el planteamiento de integralidad jurídica y critica propositiva, en la línea de lo aportado por la Constitución de Derechos Humanos y del presupuesto de que la universalidad de los derechos humanos se define y concreta en...*"ser ese marco que permita a todos ir creando las condiciones que garanticen de un modo igualitario y generalizado su acceso a los bienes materiales e inmateriales que hacen que la vida sea digna de ser vivida"*, postulado de Joaquín Herrera Flores[8] quien con Jesús González, en sus identidades y diferencias, realizaron estos aportes significativos.

El estudio se centra en el radical interrogante de derechos humanos de *¿qué hacer con tantos derechos a medias?,* cuestión que se expone en el inicio con el propósito de dar en los capítulos siguientes una respuesta que implique un cambio de racionalidad y una aplicación práctica, crítica y contextual. Se asume desde la perspectiva ética, normativa e institucional, concreta la critica en la falta de reconocimiento integral de los derechos humanos y propone la aplicación efectiva del principio de integralidad de los mismos (PdI); principio ético-normativo de la DPA Viena, ONU de 1993 y del *nuevo orden internacional para la promoción efectiva de los derechos humanos*, establecido mediante la *Declaración y Programa de Acción de Viena DPAV*, que consagró la universalidad de todos los derechos y sus titulares, en el conocido y tratado ordinal 5, que prescribe:

---

[7] *Jesús González Amuchastegui.* Fue Doctor en Derecho de la Universidad Complutense, letrado del Consejo General del Poder Judicial, jefe de Gabinete de la presidenta del Tribunal Constitucional de España y profesor, entre otros, de destacados servidores de la Defensoría del Pueblo.

[8] *Joaquín Herrera Flores.* A su vez, fue el director científico y académico de los programas de Doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo y del máster Cuestiones Contemporáneas de Derechos humanos de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla y presidente de la Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos.

"Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. Se deben tratar en forma global -integral-, de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso".

A su vez, en contraste fáctico y normativo constitucional del PdI, se evidencia en que los derechos fundamentales no aplican el principio de la integralidad de los derechos humanos, y por tanto solo son derechos fundamentales a medias. Hecho notorio de suficiente ilustración, lo cual prueba que los derechos sociales no son tomados en serio y se está incumpliendo –algunas veces en forma grave- con el PIDESC y su Protocolo adicional. Apreciación que coincide con la observación del Relator Especial del Consejo Económico y Social de la ONU-1993 quien, en la época de la declaración mundial, manifestó en forma categórica:

"...ya hay que dar (...) por finalizada la época de la jerarquización de los derechos humanos (...) hay que encontrar una concepción unificada para interpretar la relación entre los dos principales grupos de derechos"[9]. Tal aseveración se fundamenta en el concepto de dignidad humana, como *"común denominador de la interpretación y aplicación de los derechos humanos",* concepto que *"hace inaceptables todas las formas de [su] privación"* y requiere para su respeto, de *"las medidas necesarias para realizarlos (...) [en] los elementos necesarios para su garantía".*

A manera de solución propositiva a la crítica y para que los derechos sociales fundamentales sean tomados en serio[10] y dejen de ser a medias, se requiere de la obligatoriedad vinculante del precepto de que *todos los derechos humanos y todos sus titulares son iguales*. Lo cual, se concreta en la instauración constitucional de los derechos sociales fundamentales, permitiendo con ello la estructuración e implantación seria del Estado social de derechos humanos; basado en: el *"principio de precedencia o prioridad de las necesidades", en virtud del cual las necesidades vitales de los seres humanos "tienen prioridad sobre sus preferencias o las de cualquier otra persona" privilegiada*, que también formuló Jesús González Amuchástegui. Principio al que se vincula *"la responsabilidad Estatal del daño por omisión en materia social"*, al corresponder en sus consecuencias, los principios tradicionales de los derechos humanos con el principio de solidaridad y los derechos de bienestar básico de todas las personas.

Terminamos esta introducción relacionando lo dicho sobre la vigencia de la Constitución Política de derechos humanos con la observación de que en Colombia a inicios de la segunda década del siglo XXI se constata un avance significativo en el proceso jurisprudencial de fundamentalización de los derechos sociales, particularmente en el mínimo vital, la protección especial a la población vulnerable, el núcleo esencial del derecho de la salud (T-760/08, pp. 93-100) y, el acceso al agua potable (T 091/10 y Resolución ONU del 29 de julio de 2010, que reconocen y declaran el acceso al agua potable y al saneamiento básico como derechos fundamentales); desarrollos de los que

---

9 *NACIONES UNIDAS.* Consejo Económico y Social. *El nuevo orden económico internacional y la promoción de los derechos humanos.* Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, Bogotá, 1993. P.119.

10 http://www.elespectador.com/columna-239413-sobre-salud-y-educacion (9.12 /10)

preocupa bastante que se lleguen a desestructurar con la normativa de la regla de la sostenibilidad fiscal, propia de la potestad del ejecutivo en el manejo de las finanzas publicas, ahora como normativa constitucional:

«Se considera que con la normativa de la estabilidad fiscal que al determinar el alcance concreto de los derechos sociales y económicos consagrados (...) asegura la sostenibilidad fiscal con el fin de darles, en conjunto, continuidad y progresividad, garantizando la "realización plena del Estado Social de Derecho" y de que "todos los colombianos, especialmente los de menores ingresos, puedan avanzar en el ejercicio de todos sus derechos y tengan acceso a los bienes y servicios para una vida digna"[11]*. Cuando realmente lo que se pretende con esto es ampliar la discrecionalidad para establecer, sin mayores limitaciones, la prevalencia de otros intereses, prioridades, finalidades y disponibilidades de recursos distintos a las de la prioridad social del gasto público al que "enjaula" y restringe.*

Esto hace –como lo advirtió el profesor Rodolfo Arango- que los jueces no puedan tutelar los derechos sociales y se suprima "la jurisprudencia constitucional en la cual se ha ponderado el principio de progresividad de los derechos económicos y sociales con las reglas de la estabilidad fiscal, sin hacer excluyente uno y otro concepto, tal como ha ocurrido con las sentencias T-025 de 2004 (protección a la población desplazada), T-760 de 2008 (sobre el derecho a la salud)"[12] *evaluadas en este estudio, dando así, una "sustitución a la Constitución" que altera en lo sustancial el mandato soberano del pueblo en el pilar del Estado social, para dejarlo solo de derechos y "a medias"; haciendo retroceder en forma importante el avance normativo en lo social del liberalismo-conservador, para reinsertarlo al margen del desarrollo humano y del Estado social en el desarrollismo meramente economicista y neoliberal; configurando así una regresividad al Estado social y democrático de derecho y de la normativa de derechos instaurada por el acuerdo fundamental de la Constitución del 91 en sus veinte jóvenes años de existencia, propinándole un golpe sustancial con una regla más y un artículo esencial menos a este importante avance normativo e institucional de la Constitución Política»,* párrafo con el que finalizamos este libro.

[11] http://www.elespectador.com/impreso/negocios/articulo-261195-sostenibilidad-fiscal-y-atencion-de-emergencia-invernal

[12] http://www.plural.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=82:diezrazones&catid=38:sostenibilidad-fiscal&Itemid=109

A MANERA DE PLANTEAMIENTO

Los derechos fundamentales cuando no aplican el principio de la integralidad de los derechos humanos, sólo son derechos fundamentales a medias[13].

¿Qué hacer con tantos derechos a medias?

"*¿Qué hacer con tantas y tantas proclamas de igualdad formal? ¿Cómo afrontar desde los derechos humanos, que nos pertenecen a todos ─dicen─ por el mero hecho de haber nacido, las tremendas realidades del hambre, de la miseria, de la explotación, de la marginación en la que vive más del ochenta por ciento de la humanidad?"*

Este radical interrogatorio de derechos humanos[14], que pone a prueba la misma legitimidad, seriedad e integralidad de los mismos, tanto en su fundamentación como en la efectividad y su ejercicio, exige una respuesta tan seria como la delineada por el propio Joaquín Herrera Flores, su autor, cuando manifestó:

"(…) Hay que cambiar de perspectiva. (…). Los derechos humanos deben ser estudiados y llevados a la práctica. Primero, desde un saber crítico que desvele (…) y segundo, insertándolos en los contextos".

- El cuestionamiento, puesto en la perspectiva crítica y ético-jurídica, como se dijo, se concreta en la falta de reconocimiento integral de los derechos humanos y de la necesaria aplicación efectiva del principio de la integralidad de los derechos

[13] USTA. RES PÚBLICA N°1, Bogotá, 2008.pp 145- 179.

[14] Se trata de un asunto que, como hemos advertido, ha preocupado al autor de este estudio como defensor y promotor de derechos humanos en la Defensoría del Pueblo de Colombia, Entidad encargada por la Constitución Política de 1991 de velar por la promoción, divulgación y ejercicio de los derechos humanos en Colombia.

humanos (PdI), para que el reconocimiento y aplicación de los derechos fundamentales no sean a medias[15]. Este principio ético-normativo del PdI se estableció en el ordinal 5° de la *Declaración y Programa de Acción de Viena* (DPAV) al consagrar la universalidad de los derechos y de sus titulares. Está vinculado a las teorías de la justicia basadas en derechos que interpretan e interrelacionan a todos ellos como inherentes a la dignidad de la persona humana. Y se inserta en el marco institucional y político del Estado social y democrático de derechos humanos, que tiene como modelo de desarrollo socioeconómico la integralidad, en la perspectiva y realización del desarrollo humano.

- El Estado social meramente demoliberal-conservador, se justifica en no reconocer ni aplicar en rigor los derechos sociales como derechos fundamentales, puesto que considera que estos últimos sólo son los "inherentes de la persona humana", lo cual *enjaula* –como diría Joaquín Herrera- los derechos humanos en una dimensión individual asocial y excluyente. En una normativa constitucional que no aplica el referido principio universal de la integralidad de los derechos humanos, lo cual hace que los *derechos fundamentales sean a medias* -denominación con la que se da el primer paso de la ruta conceptual-[16], puesto que no reconoce a todos los derechos humanos como fundamentales. Tal infravaloración o desconocimiento e inaplicación, no obstante algunos desarrollos que adelante se referencian, está infringiendo en forma grave el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (DIDH), y debe ser objeto de una explicación y evaluación suficiente así como de reformulaciones político-normativas de importancia.

La infravaloración de derechos o valoración desigual de los derechos humanos.[17] Fue evaluada -en su oportunidad con buen acierto- por Abramovich-Courtis, quienes constataron y desarrollaron lo previsto por la ONU en la Observación General Nº3 en cuanto a la normativa del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

[15] Ibíd. RES PÚBLICA. Nº1.

[16] Ibíd.RES PÚBLICA Nº1, 2009.

[17] *La valoración desigual o asimétrica.* La precisó Luigi Ferrajoli 05, quien enfatizó: "La tradición jurídica liberal, poco interesada por la tutela de los derechos sociales, nunca ha elaborado en el plano teórico un garantismo social parangonable al garantismo liberal dispuesto para los derechos de propiedad y de libertad." (En: Prólogo. Abramovich-Courtis 04. Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Trotta; pág. 14).

La asimetría en los Pactos Internacionales PIDCP y PIDES, la identificó Abramovich-Courtis 04 , quienes constataron que para los primeros "se consagra la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos", "el derecho de un recurso efectivo en caso de violación" y un sistema de informes con un Protocolo Facultativo que establece mecanismos de comunicación de violaciones y legitimación de los individuos víctimas; medidas que se modalizan en "la disponibilidad de recursos y la realización progresiva de la efectividad de derechos", la inexistencia de recurso y un sistema de informes sin el mecanismo de comunicación ni legitimación a los individuos, para los segundos (:65-66); ambos derechos, ausentes de "mecanismos internacionales de justiciabilidad directa"(:70), si bien en el ámbito regional interamericano, previo agotamiento de la instancia interna, en buena parte se subsana. Diferencias que en "la labor interpretativa de los órganos de aplicación del PIDESC [se] ha procurado reducir" y que "contribuye(n) a esclarecer el sentido de algunos derechos y sus correspondientes obligaciones para los Estados" (:67), con el "fin de darles un contenido normativo comparable al de los derechos civiles y políticos" (:68), incluyendo los informes quinquenales de conjunto y los "contrainformes" de las ONG.

(1966) sobre la obligación de adoptar medidas efectivas para hacer real este tipo de derechos, los cuales se dotaron de un recurso idóneo y efectivo en caso de violación. Entre tanto, observaron, en el Pacto Internacional de los DESC las obligaciones y la vincularidad eran eminentemente declarativas y programáticas, ubicadas entre lo prejurídico y el derecho: en el tránsito del deber ser, que determina el principio o "mandato de optimización" en normas jurídicas que no obligan coactivamente a los Estados comprometidos.

Tal infravaloración normativa de los derechos sociales fue caracterizada radicalmente por Ferrajoli, como propia de la tradición jurídica liberal-conservadora, puesto que: "*poco se interesa por la tutela de los derechos sociales y nunca ha elaborado en el plano teórico un garantismo social parangonable al garantismo liberal dispuesto para los derechos de propiedad y de libertad.*" (Abramovich-Courtis 04, Presentación, p. 14). Esto, visto desde la perspectiva del PdI, critica en lo ético-político al liberalismo ortodoxo, si bien considera que tal modelo persistente, se justificó a través del desarrollo económico y cultural y especialmente el avance que implicó la superación de la esclavitud y la servidumbre premoderna, en la sociedad moderna y que en el Estado demoliberal decimonónico terminó retrocediendo y limitándose a un individualismo excluyente, inresponsable e insostenible, el cual plantea un modelo que menoscaba lo público al otorgar mayor prevalencia e importancia al derecho privado y al sujeto individual de derechos civiles de carácter patrimonial, contractual, mercantil y bursátil. Consideración que desconoce las condiciones materiales y sociales de la dignidad y la igualdad, sobre todo cuando ella se opone o afecta seriamente los intereses fundamentales y materiales de la rentabilidad y la ganancia en la producción, distribución y consumo mercantil de bienes y servicios y especulación irresponsable. En una doctrina e ideología que legitima, limita y restringe los derechos humanos a los derechos individuales liberal-conservadores, los cuales instaura e impone como los únicos fundamentales[18], los naturaliza[19] constitucionalmente[20] y universaliza como la "quinta esencia" o el "factor x" de los derechos del hombre o derechos humanos.

De una concepción y práctica burguesa, que en síntesis se caracteriza como individualista y posesiva, "atomizada, mercantilizada, unidimensional", y excluyente de nuevos derechos y formas de reivindicación. Como nos lo explicó Joaquín Herrera 1989[21]:

---

[18] Ver, por ejemplo en: Karl Loewenstein 1965. *Teoría de la Constitución;* Barcelona, Ariel. 193: "En el fondo de lo que se trata es de si los Derechos Fundamentales –o mejor, los Derechos del Hombre-(…)"

[19] Las concepciones del iusnaturalismo y el positivismo contemporáneo se abordarán adelante - en II.2- con base de Ferrajoli.

[20] Cfr. Loewenstein 1965; en Constitución con carácter normativo -y vinculante; semántica-y nominales (: 216 y ss.).

[21] *Joaquín Herrera Flores*. Restableció y fue refundador en los derechos humanos de la Escuela de Budapest, en la tesis doctoral dirigida por ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO y publicada por Tecnos en 1989. (Otras publicaciones, entre otros abrir hipervínculo:http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=125222)).Como lo mencionamos, es uno de los principales guías de este estudio.

La exclusión de la integración: "en los ordenamientos jurídicos internos, de todo ese conjunto de nuevos derechos que Vasak denomina de tercera generación o «derechos de solidaridad»[Se presenta] ante los nuevos modos de explotación del hombre y de la naturaleza, [donde alternativamente] van surgiendo derechos que se oponen a tales hechos con medios y fines nuevos: el derecho a la paz, el derecho a un medio ambiente adecuado, el derecho a la calidad de vida, a la intimidad, a nuevas formas de reivindicación social y de objeción de conciencia requieren la concepción de la «horizontalidad» como un elemento básico de su existencia".

"*(...) [Con] el reconocimiento de la Drittwirkung [se] ampliaría el sistema de garantías de los derechos fundamentales a través de lo que podemos denominar voluntad de valor del legislador y del aplicador jurídico. La Drittwirkung expresaría, pues, la exigencia de mantener la plena vigencia de los valores «incorporados» (sic) en los derechos fundamentales en todas las esferas del ordenamiento jurídico, postulando una relación estrecha entre las normas concretas y las normas abstractas reconocidas jurídicamente en un nivel internacional y universal"* (:138)[22],así como las respectivas titularidades y exigibilidades.

La desigualdad de los derechos, puesta en el Estado minimalista, neoliberal o neoclásico, niega el valor jurídico fundamental a los derechos sociales y los trata como prestaciones de carácter asistencial. Los trata como *"meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político, y en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador" y los subordina "a su propia discrecionalidad las prestaciones o intervenciones que las constituciones o pactos de derechos humanos proyectan como derechos."(Ibíd.:19,58).* Los califica además como meras reivindicaciones de bienes sociales y culturales o aspiraciones legítimas, pero jamás los cataloga como verdaderos derechos. Tal como lo enfatizó Jean-Philippe Peemans: *"...rechaza todo enfoque colectivo del derecho. El individuo es el único sujeto que puede reclamar derechos, y así mismo los únicos violadores del derecho no pueden ser más que individuos que deben asumir la plena responsabilidad"*[23]*:*

En suma, los derechos fundamentales -no integrales o a medias- esencialmente "se conciben ante todo en relación con la libertad de acción individual", en el supuesto de los derechos de la individualidad, que exigen:

- La no interferencia en el mundo privado de los asuntos económicos ;–que se sobre ponen a sus derechos humanos–
- el derecho a disponer libremente de la propiedad; –preferiblemente plena y sin gravámenes sociales–

[22] Joaquín Herrera Flores 1989. *Los Derechos Humanos desde la Escuela de Budapest,* Madrid, Tecnos.

[23] En: Jean-Philippe Peemans. Le développement des peuples face à la modernisation du monde, Academia Bruylant/L'Harmattan, Louvain-la-Neuve/París, 2002, p. 349.

- y sobre todo la abstención del Estado de todo acto que viole la libertad individual de invertir el tiempo, el capital y los recursos en la producción y el intercambio... (Ibíd. Peemans).

Aquellos que, como manifestó Fukuyama (03 - 243 y ss), constituyen "la cualidad humana esencial que merece un grado mínimo de respeto", "la esencia del hombre, el significado más básico de la condición humana" de la individualidad y dignidad, con todas sus cualidades personales, combinadas en un todo que conforma lo que denominó "el Factor X", objeto, por demás, de búsquedas masivas y envolventes en programas televisivos que pretenden la revelación de estrellatos.

- **En cuanto a los avances normativos**. La pauta básica que estableció la Declaración y el Programa de Acción de Viena (DPAV)[24], instrumento de la ONU aprobado por su Conferencia Mundial de Derechos Humanos de la Asamblea General, ha avanzado hasta las normas de seguridad humana y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esto contrasta con las amenazas en su contra y su infravaloración en el devenir general de los derechos humanos, lo cual precisa que hagamos el planteamiento de la teoría de la integralidad en los derechos fundamentales:

En el marco del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, actualmente se registra un avance importante del PdI en el concepto de seguridad humana de la ONU[25]. El cual se define como:

«…protección del núcleo vital de todas las vidas humanas de forma que se mejoren las libertades humanas y la realización de las personas.

La seguridad humana significa proteger las libertades fundamentales, aquellas libertades que son la esencia de la vida.

Significa proteger a las personas de situaciones y amenazas críticas (graves) y más presentes (extendidas).

Significa utilizar procesos que se basen en las fortalezas y aspiraciones de las personas.

---

[24] La DPAV en el ordinal 5 normatizó:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

[25] ONU. *TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA SEGURIDAD HUMANA:* Aplicación del concepto de seguridad humana y el Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para la Seguridad de los Seres Humanos. En: http://ochaonline.un.org/OchaLinkClick.aspx?link=ocha&docId=1117678

Significa crear sistemas políticos, sociales, medioambientales, económicos, militares y culturales que, de forma conjunta, aporten a las personas los fundamentos para la supervivencia, el sustento y la dignidad.» (CSH: 2003: 4. S/n)[26].

Este concepto, con base en Informes de Desarrollo Humano (Sen-ONU)[27], ha sido esquematizado, en cuanto a su aplicabilidad, mediante indicadores de amenazas según la tabla siguiente:

Tabla de posibles tipos de amenazas para la Seguridad Humana

Posibles tipos de amenazas para la Seguridad Humana	
Tipo de seguridad	Ejemplos de principales amenazas
Seguridad económica.	Pobreza persistente, desempleo.
Seguridad alimentaria.	Hambre, hambruna.
Seguridad sanitaria.	Enfermedades infecciosas mortales, alimentos no seguros, desnutrición, falta de acceso a cuidados sanitarios básicos.
Seguridad medioambiental.	Degradación medioambiental, agotamiento de recursos, desastres naturales, contaminación.
Seguridad personal.	Violencia física, delitos, terrorismo, violencia doméstica, mano de obra infantil.
Seguridad comunitaria.	Tensiones étnicas, religiosas o causadas por otras identidades.
Seguridad política.	Represión policial, abusos de los derechos humanos.

Fuente: ONU. Teoria y práctica de la seguridad humana.

El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El avance del PdI se puede verificar en el derecho internacional a través el aporte que hace el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Resolución ONU A/RES/63/117 del 10 de diciembre de 2008); especialmente, el establecimiento de un sistema de informes con mecanismos de comunicación de violaciones y legitimación de actuación de los individuos víctimas frente a los Estados responsabilizados.

Los Estados reiteran en el preámbulo sus consideraciones de principio, como ya es consuetudinario. Manifiestan que la dignidad es inherente a todos los miembros de la familia humana y que los derechos son iguales e inalienables, tienen inherencia, universalización e inalienabilidad, (conceptos de los que se incluyen consideraciones y observaciones más adelante). Hacen el reconocimiento, declaración y pacto de la normativa universal relativa a que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades", sin distinción alguna de cualquier índole, condición de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición.

[26] Ibíd.

[27] Ibíd.

La normativa reafirma –una vez más y por todas las veces que sea indispensable- "que no puede realizarse el ideal del ser humano libre y liberado del temor y de la miseria" en la condición básica de integralidad "a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona disfrutar de sus derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales". E insiste en "la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales"; particularmente, en el compromiso con el principio de progresividad de los derechos por parte de los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mediante la aplicación reglada por:

"medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, 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 reconocidos en el Pacto". De modo que para "asegurar mejor el logro de los propósitos del Pacto y la aplicación de sus disposiciones, sería conveniente facultar al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[28] *(en adelante denominado el Comité) para desempeñar las funciones previstas en el presente Protocolo".*

Consideraciones y enunciados que están, en su mayoría, literalmente consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)[29] y en los pactos internacionales de derechos (el "proteico" deber ser), y que se encuentran en un abismo diferencial con los hechos, en ausencia de la cabal "facticidad" del ser real, es decir, lo que está siendo en la vida cotidiana, en la condición de "igualdad real y efectiva".

En virtud de las anteriores consideraciones y enunciados, como un progreso, la ONU convino:

---

[28] http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Vigilancia del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. *Observaciones generales/ Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos:* 12/05/2004/.Observación general Nº 3 - La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).

[29] **La Declaración Universal de Derechos Humanos.** Es de conocimiento generalizado que la Declaración Universal de Derechos Humanos -ideal común normativo de la humanidad (DUDH)- se fundamenta en el reconocimiento de la dignidad de las personas y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Que los derechos se proclamaron en el consenso de la ONU como la aspiración más elevada del ser humano, para alcanzar un mundo liberado del temor y de la miseria, en el que disfrutemos de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Que su normativa de protección tiene como esencial o propio de su naturaleza un régimen de Derechoy libertades. Y que su aplicación deber ser universal y efectiva: "por la que todos los pueblos y naciones deben esforzarse".

Su cumplimiento serio es objeto de un examen periódico universal de la ONU, evaluación que sigue registrando avances y retrocesos -atentados y violaciones-; en buena parte, determinados por la razonabilidad y solución que den al asunto de la integralidad de los derechos o "igualdad de los derechos y de sus titulares" –cuestión de la que nos ocupamos en este estudio-. Violaciones e incumplimientos de los derechos humanos, que en su comprensión, reconocimiento, protección y aplicación, son objeto de cuestionamientos centrales.

«*La competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones (Art.1), las cuales, podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto (Art.2).*

Facultó para ello al Comité para que pueda dirigir al Estado Parte interesado *"a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales que sean necesarias en circunstancias excepcionales a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación"* (Art.5). Y estableció un término de seis meses para que el Estado presente *"explicaciones o declaraciones en que se aclare la cuestión y se indiquen, en su caso, las medidas correctivas que haya adoptado el Estado Parte"* (Art. 6). El examen del Comité versará sobre *"hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas",* teniendo presente *"que el Estado Parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto"* (Art.8.4), y finalmente este hará seguimiento a sus observaciones:

"Si no se llega al tipo de solución previsto en el apartado d), el Comité expondrá en su informe los hechos pertinentes al asunto entre los Estados Partes interesados. Se adjuntarán al informe las declaraciones por escrito y una relación de las declaraciones orales hechas por los Estados Partes interesados. El Comité podrá también transmitir únicamente a los Estados Partes interesados cualesquiera observaciones que considere pertinentes al asunto entre ambos" (Art. 10).

Igualmente, según el artículo 14 sobre asistencia y cooperación internacionales, *"El Comité transmitirá, según estime conveniente y con el consentimiento del Estado Parte interesado, a los organismos especializados, fondos y programas de las Naciones Unidas y otros órganos competentes sus dictámenes o recomendaciones acerca de las comunicaciones e investigaciones en que se indique la necesidad de asesoramiento técnico o de asistencia, junto con las eventuales observaciones y sugerencias del Estado Parte sobre esos dictámenes o recomendaciones."»*

• En el plano alternativo y pluralista, la perspectiva del PdI que nos interesa trasciende las limitaciones del liberalismo social conservador[30]y se inscribe en el concepto de Estado democrático de derechos humanos del socialismo liberal.

Esto, por cuanto el liberalismo social se reduce a una condición coyuntural -para paliar las crisis de consenso- y es determinado por un tipo de Estado de bienestar y desarrollo económico para ampliar la producción y reproducción (Cf. Poulantzas 2005: 224-226). Que no vincula la economía social a la estructura socioeconómica fundamental, y no otorgar prevalencia al carácter social de la propiedad– sino que, en el mejor de los casos, la incorpora en la normativa constitucional y lleva a cabo algunos desarrollos institucionales precarios, circunstanciales y limitados por lo fiscal.

[30] Cfr. Papacchini 97.

También, porque el desarrollo humano (Cf. Sen) que hace posible no es mirado en la perspectiva fundamental de la *seguridad humana,* de modo que el modelo resulta propio del esbozo del concepto inmanente del socialismo liberal de los derechos humanos, según lo formulado por Jesús González Amuchastegui 04[31].

El PdI, como concepto inscrito en el socialismo liberal, establece que los derechos del bienestar y las necesidades fundamentales sean valorados, preceptuados y aplicados como "derechos humanos con el mismo fundamento y las mismas características que los derechos de libertad, de seguridad y de participación política"-estos, como se anticipó, propios de "las concepciones liberal-conservadoras que no los consideran tales" (Ibíd. González: 517)-.

En el los derechos se priorizan de conformidad con el <<principio de precedencia o prioridad de las necesidades>>, en virtud del cual las necesidades vitales de los seres humanos "tienen prioridad sobre sus preferencias o las de cualquier otra persona" privilegiada (Ibíd.:525). El objetivo básico de los derechos, en esta forma de Estado, debe ser el perseguido por todas las teorías de los derechos humanos:

El "[de]: garantizar a todos los seres humanos su pleno desarrollo como agentes morales racionales" (:526).

A través del "…diseño institucional requerido por la concepción de los derechos humanos que resuelve de manera más satisfactoria las cuestiones analizadas previamente (…) en el Estado Social o Estado de Bienestar [el cual sería necesario reformular y precisar en el Estado socialista liberal. Cap.].Como (…) modelo de organización jurídico-política [de] desarrollo moralmente positivo que implica la superación de la lucha competitiva por la supervivencia y el reconocimiento de una responsabilidad colectiva en la satisfacción de las necesidades básicas de todos los miembros de la comunidad, en definitiva, como una concreción de las exigencias de la solidaridad"[32](:531).

Es un tipo de Estado que también critica el comunitarismo[33], el totalitarismo y el socialismo no liberal al asumir los derechos sociales "con el mismo fundamento y las mismas características que los derechos de libertad, de seguridad y de participación política", para lo cual reivindica la autonomía individual de la persona en relación con el todo social e institucional, algo que las citadas concepciones, por el contrario, subordinan o suprimen.

Su línea de conceptualización incorpora al Estado constitucional democrático; el cual, si bien subordina las funciones del Estado y la ley a la Constitución, lo hace a través de una visión de convivencia del buen vivir[34], con el reconocimiento y realización de "la aspiración no a uno, sino a muchos principios o valores que conforman la convivencia

---

31 Ver Compilación analítica: ordinal B.5a, pp.84 y s.s.

32 Véase, en este sentido, David Harris, La justificación del Estado de Bienestar, obra citada.

33 Cfr. Ibíd. Papacchini 97.

34 http://alainet.org/resultadobusq.php?cx=001315171428976469354%3A07kj9nrjtbi&cof=FORID%3A9&ie=UTF-8&q=concepto+buen+vivir&sa=Buscar#922

colectiva: la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales, la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones (…)" (Zagrebelsky 07:16). De la misma manera, hace que las partes, y entre ellas la persona individualmente considerada, participen de los principios que respetan la dignidad de la persona humana normativas en donde coexisten lo individual, lo social y lo colectivo.

El PdI existe en la dogmática y en su normativa, y es vinculante. En el ámbito internacional de los instrumentos jurídicos, este se concibe como expresión de un mandato soberano de ciudadanía universal, que trasciende la condición individual de cada país e incluye a todos sus miembros en la comunidad mundial.

Es propio de una democracia avanzada que traspasa los límites de la formalidad representativa y participativa e implica un tipo de derechos humanos integrales, en la forma inicialmente enunciada, que no se reduce a los derechos individuales de carácter civil y político. Igualmente, se trata de un devenir normativo que se adecúa a lo aportado por la Declaración y Programa de Acción de Viena del 93 (DPAV) y que plantea incorporar iniciativas de ajuste a la DUDH, como las propuestas por J. Herrera (Cf. infra), así como al conjunto de instrumentos y mecanismos y al propio modelo de desarrollo humano y de dignidad humana.

En el orden nacional de las constituciones -"norma fundamental de garantía y norma directiva fundamental" (Cfr. Fioravanti 03. Ibíd. Apéndice)- y las jurisprudencias respectivas, registra avances como Estado social y democrático de derecho que fundamentaliza los derechos sociales a través de constituciones democráticas de soberanía popular, tal como se observó en el caso de la constitución colombiana de 1991 (Perdomo 09: 47 y ss)[35].

Estas constituciones como producto o expresión del constituyente primario en forma directa, por representación orgánica (a la manera de Gramsci) o delegada, se instauran como prevalente normativo del poder público, que orgánicamente, expresa su superioridad sobre el legislativo, el ejecutivo y el judicial, incluyendo las mismas cortes constitucionales que les sirven de guarda de la integridad y supremacía. Su aplicabilidad es de carácter vinculante y se instrumentaliza mediante procedimientos y mecanismos de protección judicial fundamental como los de la tutela o amparo, la cual se extiende a los derechos sociales.

El contenido normativo fundamental de las constituciones, orienta y dirige, determina y deriva las demás normas, instituciones y entidades. Establece atribuciones, competencias, funciones y actuaciones que concretan la estructura (nacional-regional-seccional-local) en sus elementos y, en general, en las partes que la componen integralmente. En su ideología política, contiene y articula "el entramado normativo, en la naturaleza, las finalidades y las funciones del Estado", lo cual, en su conjunto, tal como lo precisó

[35] Perdomo 2009. Cit. En: http://www.defensoria.org.co/red/?_item=090509&_secc=09&ts=2&hs=0905

el constituyente colombiano Álvaro Echeverri, se evidencia en el "instrumento organizador, limitativo, regulador y programático del poder público", dirigido a "un orden social y político más justo y equitativo".

Finalmente, el planteamiento central en perspectiva es el de que los derechos humanos integrales deben ser asumidos, en cuanto a su defensa prioritaria, seria y fuerte -si bien dialogante y democrática-, en relación con el conflicto entre el "imperio de la justicia social frente al imperio de la ley del mercado mundial", convergiendo en la realización efectiva de los derechos[36]. Ello, en un híbrido convergente de lo plural, propio del encuentro de los problemas del socialismo colectivista y la democracia liberal individualista y del reconocimiento de una universalidad efectiva, de igualdad sustancial, esencial, real, efectiva, material, participativa y solidaria (Ibíd. T.V. Giménez 06: 36-41). De ciudanía inclusiva y universal (Ibíd.:46-47).

El PdI atiende seriamente –tal como se ha manifestado antes- la denuncia crítica y alternativa en materia de derechos sociales, pero también considera importante[37] y muy grave (de lesa humanidad) la falta de respeto tanto de los mínimos humanitarios irreductibles[38] en los conflictos armados internos e internacionales como de los

---

[36] La obligatoriedad del criterio de desmercantilización de los derechos sociales procede cuando estos derechos no puedan realizarse en un mercado de oferta suficiente e insuficiente demanda, dada la incapacidad de compra o de adquisición de los bienes que satisfagan las necesidades básicas de las personas sin recursos suficientes, es obligatorio aplicar el criterio de desmercantilización de los derechos sociales. Por lo cual, se debe resolver la situación en forma solidaria, regulada y prestacional por parte del Estado y la sociedad económica, estableciendo una compatibilización del mercado con la prioridad de los derechos sociales que los legitime. (cfr. T. Vicente Giménez 06: 86; 90-93). Esta "convergencia" –en el sentido de A. Kaufmann- es posible con fundamento al patrón universal de la Carta Internacional de Derechos Humanos, el PdI y su respectiva jurisprudencia de bloque de constitucionalidad, que se evidencia expresamente en las constituciones y sus desarrollos jurisprudenciales concordantes. Cfr. infra: El criterio de verdad convergente, A. Kaufmann 1999, lo planteó en su Teoría convergente de la verdad, así:

"... El criterio apropiado para la verdad o corrección de un enunciado no es, pues, la existencia de un consenso sino la circunstancia de que muchos sujetos independientes entre sí alcancen con relación al mismo (¡) asunto conocimientos convergentes objetivos.

El fundamento de esta que yo llamo teoría convergente de la verdad (se acepta de nuevo la antigua idea de la teoría de la coherencia) se encuentra en la consideración de que el momento subjetivo en cada conocimiento procede de una fuente distinta, mientras el momento objetivo, por el contrario, procede del mismo ente. Contraponer los momentos subjetivos los debilita mutuamente o los elimina; los momentos objetivos, en cambio, se remiten todos al punto de unidad del ente y se demuestran así como fundados. Convergencia no es, por tanto, como la simple acumulación de opiniones subjetivas, una especie de "opinión dominante", sino la ordenación de diversos conocimientos procedentes de distintos sujetos e independientes entre sí, del mismo ente. En este sentido puede decirse que la convergencia es no solo un medio para el conocimiento de lo concreto sino también criterio de la verdad."(: 495).

Esto a nuestro juicio, se aproxima al consenso objetivo posterior que resultó de las divergencias presentadas en las Conferencias y Cumbres Mundiales de la ONU, referenciadas como hitos para nuestra definición.

[37] Desde un constitucionalismo social y democrático-liberal de los derechos humanos en perspectiva de principio de la integralidad-PdI.

[38] El mínimum humanitario obligatorio e irreductible es el establecido en el artículo 3 común -que es propiamente y en rigor, la base determinante de la denominación y validez de acuerdo humanitario que viabilice acuerdos especiales-. (En: UN ESTUDIO SOBRE EL ACUERDO HUMANITARIO Y LOS ACUERDOS ESPECIALES EN COLOMBIA. Dirección Nacional de Promoción y Divulgación de DDHH-Defensoría del Pueblo; Bogotá, 2008. Documento académico. CARLOS A. PERDOMO C.-CAP 08.Sin publicar).

derechos fundamentales decimonónicos y tradicionales -liberal conservadores- por regímenes de excepción fasci-nazistas o dictatoriales, de sitio, o emergencia permanente (inclusive los no declarados[39]); en vínculo inescindible con la violación de la igualdad básica[40] en los regímenes sociales de fascismo social[41] y demás formas de gobierno social existentes. En el tiempo contemporáneo, la concepción integral de todos los derechos deberá finalmente estar enmarcada en un modelo de sociedad y en una forma de Estado democrático, como lo denominó Elías Díaz, o de socialismo liberal de derechos humanos (Jesús González), ambiental (Gregorio Mesa C) y de los pueblos (Eduardo Umaña L.). De tal manera que se posibilite enfrentar y resolver en forma efectiva lo que se ha venido calificando como la crisis social, ambiental y colectiva de la humanidad[42] para evitar una catástrofe irreversible e irremediable, que no tiene ninguna tutela.

La vigencia, actualidad y porvenir del PdI se presenta en el contexto de los inicios de lo que se ha venido identificando como era postneoliberal de finales del Siglo XX e inicios del Siglo XXI. El siglo XX dejó como herencia al XXI un modelo de formación social, política y económica neoliberal de "financiarización del capital", visto como el principal rasgo de la actual fase de la acumulación capitalista[43] y en el que el Estado ha llegado a considerarse como un "Leviatán derrotado"[44] por una globalización neoliberal que viola la igualdad básica y llega al extremo de expresarse en regímenes sociales de fascismo social[45] (forma neoliberal). Regímenes que han impuesto nuevamente libertades en la producción, distribución y consumo, con desregulaciones al comercio

---

39 Estados de excepción no declarados: Cfr. *BONAPARTISMO PRESIDENCIAL EN COLOMBIA*. Sánchez Ángel, Ricardo.05. Boaventura De Sousa Santos -Garcia.01. LA EMERGENCIADEL FACISMO SOCIAL. En: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia;* COLCIENCIAS, ICANH, U. Coímbra, U. Andes, UNC, Siglo del Hombre, Bogotá: 29-35.

40 Igualdad básica, para no reducirnos a un minimalismo que –entre otros- no equipara los derechos sociales fundamentales con los derechos fundamentales liberales referidos a libertades personales básicas, como las de pensamiento, conciencia expresión, reunión y demás relacionadas con las libertades civiles y políticas. Igualdad básica que se concreta en la igualdad de los derechos sociales fundamentales con los derechos fundamentales liberales, y está en asimetría con las libertades personales básicas "absolutas y eternas" o irreductibles como las de pensamiento, conciencia expresión, reunión y demás relacionadas con las libertades civiles y políticas.

41 El fascismo social en Boaventura de SOUSA SANTOS –Mauricio GARCIA.2001 [*El caleidoscopio de las justicias en Colombia;* COLCIENCIAS, ICANH, U. Coímbra, U. Andes, UNC, Siglo del Hombre, Bogotá] (: 29-35). Cit.

42 En el lenguaje del mundo garciamarquiano, se diría que ha venido teniendo una crónica de muerte anunciada.

43 Estrada Álvarez, Jairo. En: Revista Espacio Crítico Nº7, Julio - Diciembre de 2007. http://www.espaciocritico.com/revista.asp.

44 V.M. Moncayo. 04. *El Leviatán derrotado,* Bogotá, Norma.

45 El fascismo social presenta su forma más virulenta en el fascismo financiero caracterizado por ser el "imperante en los mercados financieros de valores y de divisas, y de la especulación financiera". En todo un conjunto que se ha designado como <economía de casino>, dirigido por el poder financiero y gobernado por los magnates o multimillonarios, los dueños de empresas financieras y multinacionales representados en el poder y en los foros mundiales por "los principales líderes empresariales y directores ejecutivos del mundo", algunas veces en forma directa. SOUSA SANTOS –Mauricio GARCIA.2001, pp. 29-35,Cit.

y flexibilizaciones del mercado laboral, en un ejercicio hegemónico, verdaderamente autónomo, poderoso, así como reproductor de indigencia. Modelo económico que, como lo caracterizó Boaventura de Sousa Santos, está:

"…basado en el crecimiento infinito, el uso indiscriminado de los recursos naturales, la privatización de los bienes comunes —el agua, el aire, la biodiversidad—, el consumo como definidor de un modo de ser basado en la obsesión por tener y en un estilo de vida alimentado por el abandono prematuro de los objetos indiferentemente personales", el cual "es tan injusto como insostenible y sus peligros para la supervivencia de la humanidad pronto serán irreversibles"[46].

La coyuntura histórica de inicios de siglo XXI ha mostrado una herida o fractura de este modelo -la cual ha sido calificada por el premio Nobel J.E. Stiglitz de quiebre del fundamentalismo del mercado-, dada la caída de la supuesta validez intemporal de su paradigma, de su principio fundamental desregulizador y re-regulador de Estado neoliberal no intervencionista, al que le ha surgido un "nuevo" sistema de reglas de asistencia estatal a la crisis financiera global de su modelo, en una especie de neoliberalismo interventor-benefactor que, en lo económico, político y normativo, partió del auxilio público a su crisis (con la socialización de las pérdidas a una parte considerable del sector) y en su poscrisis, con la preservación o reevaluación de las ganancias privadas. Concedió planes de salvamento, exorbitante e ilegitimado por el desconocimiento grave de la prioridad de la deuda social, política y ambiental, con una fianza inicial de US $ 700 mil millones del erario público así como auxilios y regulaciones públicas intervencionistas especiales y favorables que sobrepasaron los cuatro billones. Y ejecutó tales acciones para salvar de la crisis grave a un capital avaro e irresponsable, asocial, especulativo y de casino (de grandes jugadores bursátiles, con ruleta rusa incluida), en buena parte representado y sustentado por los multimillonarios os magnates que asumen el papel de verdaderos "amos y dioses cuasi-absolutos de la Tierra", de los cuales, seguramente muchos de ellos, ni siquiera asumen iniciativas como las de "los primeros cuarenta" de La Promesa de Dar -iniciativa Gates y Buffet[47]- que presentaron la versión atenuante del capitalismo filantrópico de caridad o "capitalismo de rostro humanizado", para solventar a "su gusto y discreción" proyectos sociales "humanitarios".

La tensión fuerte con el Estado neoliberal contemporáneo se ha evidenciado en clave de derecho socioeconómico y cultural, sobre todo cuando, por una parte, crece la insatisfacción generalizada del derecho al mínimo vital en correlato con la intensificación

---

[46] Boaventura de Sousa Santos. *El Foro Social Mundial en movimiento.* En: http://www.rebelion.org/noticia.php?id=100042 (07.02.2010).

[47] Warren Buffett y Bill Gates instan a los ricos a donar la mitad de su riqueza. En: http://online.wsj.com/article/NA_WSJ_PUB:SB127673231933906733.html (17.06/10). Para resucitar la filantropía, un grupo de superricos de EE. UU. promete compartir sus fortunas.

En:http://online.wsj.com/article/SB128093583723324177.html?mod=WSJS_inicio_section_Personajes.

de las necesidades del capital de obtener ganancia incesante y creciente, así como de imponer su concepción y valores. Aspectos que se pueden ilustrar con problemas como las crisis alimentarias periódicas de las que informa con alguna regularidad la FAO[48], las cuales han llevado a que el mismo Banco Mundial haya pedido "a los gobiernos intervenir para evitar que la crisis alimentaria hunda aún más en la pobreza a 100 millones de seres, y llamó a donantes a aportar US$ 500 millones para paliar las necesidades más urgentes. (AFP)" (Noticias breves de Internacional. ESTADOS UNIDOS. Abril 13 de 2008, El Tiempo).

De igual manera, en la dimensión de los derechos colectivos y del medio ambiente, se puede ilustrar con observaciones como la de que:

"…En términos globales, se estima que el área de la huella ecológica per cápita es de 1,7 hectáreas por habitante, mientras el área de la producción actual es de 2,8 hectáreas. La diferencia entre esas dos áreas quiere decir que estamos consumiendo más recursos y generando más residuos de los que el planeta aguanta. Habitamos un mundo superpoblado de 6.700 millones de habitantes. Alimentar esa población sin afectar el planeta necesitaría, normalmente, dos planetas como el actual. La huella ecológica calculada para los Estados Unidos es de 9,6 hectáreas por habitante. Ello significa que, si todos los habitantes de la tierra consumiéramos como lo hacen los estadounidenses, se necesitarían, por lo menos, cinco planetas como la Tierra". (ALBERTO MENDOZA 08. La huella humana). http://www.eltiempo.com/tiempoimpreso/edicionimpresa/opinion/2008-04-14/ARTÍCULO-WEB-NOTA_INTERIOR-4096835.html.

La tensión en el modelo neoliberal contemporáneo se prevé que podría resolverse con una especie hipotética de Estado posbenefactor-EP[49] (cfr. La crisis del Estado benefactor en Jessop 99), el cual es intuido como "una forma de organización constitucional capaz de realizar los ideales del Estado Social de Derecho, pero sin las distorsiones del Estado benefactor" (Uprimny: 106). Estado benefactor que se ha caracterizado, entre otras acciones, por "intervenciones burocráticas alienantes que erosionan el dinamismo de las sociedades democráticas (…) que han formulado neoliberales, neoconservadores y marxistas" (Ibíd.:106)[50].

La idea es que varias de las consideraciones de este estudio puedan servir para avanzar en la teoría de la integralidad y la integridad de los derechos, inclusive posibilitando aportes desde los derechos fundamentales integrales, en asuntos como los de la pre-

[48] Son ilustradas, por ejemplo, en títulos como La furia del hambre (Holman Rodríguez M. El Tiempo, 13 de abril de 2008, 1-2) o No son los bancos, es el arroz. (Moisis Naím. El Tiempo, 13 de abril de 2008,1-25).

[49] La denominación de EP también ha sido aplicada por Garay en los talleres del tercer milenio-PNUD (GARAY 2002. Coordinación general. Repensar a Colombia. Hacia un nuevo contrato social. Bogotá, ACCI-PNUD).

[50] Un estudio que clasifica con exhaustividad las causas de la crisis del EB se encuentra en José Eduardo Rodríguez Martínez. Los limites del Estado de Bienestar.

gunta ¿Qué características concretas tendrá ese ESD posbenefactor?, en la cual se reconocen "las dificultades de ese proyecto constitucional que trata de realizar democráticamente los derechos sociales, pero sin que sepamos todavía con claridad cuáles serán las instituciones y políticas que permitirán alcanzar esos objetivos" (Uprimny 2001: 106), así como de su forma y sostenibilidad.

¿UNA TEORÍA SOSTENIBLE DE LA INTEGRALIDAD E INTEGRIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Hacia "…la superación de la lucha competitiva por la supervivencia y el reconocimiento de una responsabilidad colectiva en la satisfacción de las necesidades básicas de todos los miembros de la comunidad".

JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI

Este estudio de la integralidad parte de la categoría general de derechos sociales, la cual es la base de distinción en relación con los derechos civiles, objeto de este escrutinio. Por tanto, acoge lo observado por Abramovich-Courtis, quienes reconocen que tal distinción es "útil en la medida en que refleja la operación de los dos paradigmas o matrices político ideológicos diferentes de regulación jurídica, y permite, además, situar en un contexto histórico la forma en que han sido conceptualizados y positivizados los diversos derechos".

Y lo hace, especialmente, porque es el supuesto de la crítica que evidencia y devela la existencia de algunos derechos humanos catalogados como derechos fundamentales (Dfs),condición por la cual y como se observó[51], están situados y tratados con la mayor importancia y prevalencia estatal en el plano del derecho constitucional, en correlato de otros que aparecen en minusvalía; estableciendo una prevalencia que, por demás, pretende imponer con perdurabilidad, una asimetría con invisibilidad de sujetos y de violaciones de otros derechos humanos[52]. Característica que, en materia de derechos, es fundamental y define el tipo de Estado demoliberal individualista y su forma social extensiva: el Estado social insuficiente[53], precario, reducido a la dimensión neoliberal.

---

[51] Ibíd. Res Pública No. 1. 2008, pp. y ss.

[52] Cf. "La miseria una violación de los derechos humanos" ONU. Consejo Económico y Social. 1993:220.En: *La cuestión de la extrema pobreza.* pp. 212 a 233, especialmente: 218 a 226.

[53] Concepto anticipado por Elías Díaz en su crítica del Estado social de derecho en pro del Estado democrático. Esta característica vista en su otra cara, la del Estado socialista no liberal -que adelante observaremos- , hace lo mismo con el otro tipo de derechos –civiles y políticos- que pone minusvalía.

La asimetría o jerarquización de los Derechos Fundamentales en la dogmática[54] se constata en la valoración, reconocimiento, e institucionalización de una normativa de derechos como fundamentales-Dfs a la cual le confiere concreción y la mayor importancia universal y nacional, su legitimidad la presenta como la interpretación oficial conforme con los tratados internacionales y su determinación, en la condición exclusiva de ser los únicos derechos inalienables y enajenables, inherentes y esenciales o fundamentales. La justiciabilidad, protección –por la fuerza legítima del Estado- y reclamación o exigibilidad cuentan, por una parte, con un mecanismo judicial de amparo o tutela, de procedimiento preferente y sumario para la protección inmediata y efectiva[55], y de otra, con un notable y definitorio desarrollo jurisprudencial, con el establecimiento efectivo de responsabilidades, compromisos e intervenciones estatales de carácter constitucional, legal, reglamentario y administrativo, y con políticas, programas, agendas y seguimientos dotados con recursos económicos e indicadores idóneos, útiles, específicos, necesarios y suficientes, a lo cual se suman sanciones serias por incumplimiento.

Con las anteriores propiedades no cuentan los demás derechos –los sociales, ambientales, colectivos y de los pueblos; estos, objeto de otros estudios relacionados- lo cual hace necesario reformular[56] en una pauta jurídica, ética y social que guíe la construcción de una nueva racionalidad y que los saque "de la jaula de hierro en la que los

---

[54] Ibíd. Perdomo. RES PÚBLICA N°1.

[55] Cfr. Por Ej.: DUDH. Art. 8. CPC.91. Art. 86:

[56] El momento de la globalización neoliberal y sus implicaciones de inaceptabilidad o rechazo de cualquier opción alternativa que no le sea funcional, fue caracterizado por Joaquín Herrera Flores 2005b, según lo siguiente:

En esta "globalización" permanente, el capital se ve obligado a procurar soluciones para todos los problemas y contradicciones generados por su dinámica, pero reduciéndolas a meros ajustes que se aplican únicamente a sus efectos y a sus consecuencias. Toda iniciativa política, jurídica o social dirigida a paliar efectos y consecuencias de la aplicación irrestricta de los procesos de acumulación puede que sea admitida a trámite, si se dan las circunstancias adecuadas para ello. Sin embargo, una opción política o teórica que intente determinar y oponerse a dichos procesos de acumulación -vistos como causas reales de los fenómenos-, rápidamente es tildada de radical y rechazada. Opuestas, como dirían los "neocons" al derecho natural en el que se basa el fanatismo de sus propuestas.

Para evitar caer en ese peligroso iusnaturalismo del "bien" contra el "mal" debemos insistir una y otra vez que en el mundo en que vivimos los efectos tienen sus causas, y que es preciso revelarlas a pesar del armamento pesado que usan los que pretenden ocultarlas y sacarlas de todo análisis riguroso.

Para nosotros, la causa de la ocultación de las "causas" reside en un fenómeno extraño pero tremendamente funcional a dichos intereses de expansión y acumulación: el capital se considera "la causa de sí mismo".

En su afán de escapar de la dependencia que le une al trabajo humano como instancia creadora de valor social, los intelectuales, filósofos y economistas que han reflexionado desde una perspectiva funcional al desarrollo de la relación social fundada en el capital, le han otorgado una fundamentación solipsista, ya sea a través de la mano invisible del mercado, ya sea partiendo de que todo lo racional es real y todo lo real es racional que subyace a las propuestas del "fin de la historia" y del choque de civilizaciones.

De este modo, cualquier alternativa socio-económica que se presente al debate sólo encontrará divulgación y aceptación si puede ser adaptada al marco predeterminado del capital, es decir, si no afecta a sus características básicas de continua expansión y de acumulación irrestricta de beneficios privados.

Por esa razón, las controversias intelectuales afectan sólo a los efectos y a las consecuencias de los fenómenos. La "causa" no puede ser tocada, a pesar de la conciencia de que es ella la que provoca los problemas que después intenta solucionar falaz y ficticiamente. (:9).

tiene encerrados la ideología del mercado y su correlato jurídico formalista" (Herrera 2005b:3)[57]. Ello, a manera de avance o superación del Estado que, en función regulatoria de la economía, la interviene para cohesionar la sociedad en la configuración efectiva de la triada de la función social de la propiedad, el desarrollo humano y la seguridad humana, en reconocimiento de la igualdad en equidad o justicia social, trascendiendo hacia un sujeto social y colectivo en unas relaciones socioeconómicas y culturales que desmercantilizan las áreas relacionadas con los derechos sociales fundamentales, "parcial o totalmente", en una acción estatal dirigida a:

"…redistribuir o estabilizar ingresos, haciendo accesibles bienes y servicios a sectores de la población desfavorecidos por el mercado: el Estado pretende así equiparar o compensar desigualdades sociales que se consideran indeseables. Típicamente, el Estado desmercantiliza o interviene áreas que se juzgan esenciales para el mantenimiento de estándares mínimos de vida para todo ser humano: trabajo, salud, educación, transporte, vivienda, consumo, medio ambiente, etc." (Polnyi, Esping-Andersen y Titmos. Cit. Abramovich-Courtis 04: 54 y ss)[58].

El PdI de los derechos humanos, desde sus inicios hasta nuestros días, ha sido y sigue siendo objeto de dualidades y disímiles planteamientos, tensiones fuertes e incluso, antagonismos que se constatan principalmente en las diferencias de fundamentación entre la concepción liberal individualista y la del socialismo colectivista y dictatorial; las cuales se llegaron a reflejar en instrumentos como los pactos internacionales de derechos humanos (Naciones Unidas.1993: 14-15 y ss)[59] de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales.

Su devenir parte de plantearse la superación de la concepción dual que se ha asociado tanto a la separación en vida del alma y del cuerpo[60] como del mundo de las ideas y del mundo del cuerpo (Herreño 08: 46-48), llegando a negar la satisfacción de las necesidades básicas desde que se esté en libertad e igualdad ante la ley, en una sociedad venida de estamentos y dividida en clases, donde una de ellas cuenta con el privilegio

---

[57] Ibíd. Joaquín Herrera Flores 2005b. *Los derechos humanos: una visión crítica.* Fundación Iberoamérica de Derechos Humanos (www.fiadh.org.).

[58] Esto, a través de normas, funciones, mecanismos e instituciones que otorgan y tratan con carácter público al interés y al servicio; estableciendo, entre otros, la prevalencia de mínimos sociales y principios de favorabilidad (operari y consumatori), de indisponibilidad de los mínimos de interés público, promoción de oportunidades, preferencias, incentivos y distribuciones favorables, y la regulación y limitación del mercado, contrastando con el Estado demoliberal no benefactor y no intervencionista, de interferencia estatal mínima, garante en exclusividad del interés privado. Ibíd.

[59] Ibíd.: ONU. Consejo Económico y Social. 1993.

[60] La interpretación no se contrapone necesariamente a la concepción que establece la prevalencia del alma sobre el cuerpo: En la fundamentación antropológica aristotélico-tomista se comprende al ser humano como: "un compuesto sustancial de alma y cuerpo, representando el alma la forma y el cuerpo la materia de dicha sustancia". En su premisa fundamental de que el hombre es "una unidad substancial compuesta por dos principios fundantes: el cuerpo y alma (…) el cuerpo es el mediador entre el mundo (el afuera) y la intimidad humana (…) toda acción corporal libre, es efecto de una raíz espiritual que es el alma humana, por lo que toda manifestación en el ejercicio voluntario es manifestación simbólica material de un principio organizador inmaterial, como principio de vida". En:http://benedictovidalruiz.bligoo.com/content/view/96143/CUERPO-Y-ALMA-EN-SANTO-TOMAS-DE-AQUINO-HACIA-UNA-ANTROPOLOGIA-DEL-CUERPO.html (02.2010)

de tener materialmente realizados la libertad e igualdad -que formalmente son de todos- y de ejercer hegemónicamente el poder que implanta sobre los que carecen de la propiedad de medios productivos o financieros. Estableciendo una valoración asimétrica de los derechos -de otorgar prevalencia a los derechos civiles y políticos-, la cual "*esconde una ideología que mantiene una concepción restrictiva de la ciudadanía, esto es, que reserva su disfrute sólo a aquellos sectores sociales que tienen superado el nivel material de subsistencia y que gozan de medios económicos, de instrucción y de cultura, suficientes para su ejercicio (J. de Lucas)*" (T. Vicente Giménez: 97).

En el reconocimiento y la exigibilidad de todos los derechos, se enfrenta a soluciones débiles que no reconocen el carácter de fundamental a todos los derechos humanos, o cuando lo pretende hacer propone la vía de conexidad[61] para la eventual resolución de los derechos sociales o trata los derechos sociales en articulación y dependencia de los derechos fundamentales tradicionales o clásicos, sin reconocerles el mismo carácter fundamental autónomo, asunto que está superado desde la perspectiva de comprensión y aplicación del PdI.

Es a partir de tal contexto analítico y de su superación, que en este capítulo se podrá evidenciar el avance normativo, las conceptualizaciones y fundamentos que se refieren a la integralidad de los derechos, incluyendo la dogmática –dimensión necesaria e ineludible en lo jurídico- que reformula el concepto subjetivo de derechos humanos en la perspectiva de incorporar los derechos sociales como derechos fundamentales, así como la jurisprudencia que justifica tal proceso de fundamentalización[62].

---

61 Por lo demás revaluada en líneas jurisprudenciales, como lo constataremos en infra.

62 La analítica consecuencialista se constituye en la orientación y límite de las políticas públicas, del accionar del Estado y del modelo de desarrollo económico y social, y enriquece sustancialmente el modelo deontológico clásico de los deberes del Estado y de la sociedad con los derechos humanos en su integridad (González Amuchastegui 04:521). En ella, por ejemplo, se ilustra la modificación de la teoría del daño por omisión, que fija "nuevos límites u horizontes al papel de los poderes públicos" (Ibíd.:524) y establece "los correlativos deberes del Estado a la satisfacción de las necesidades" (Ibíd.: 525), vinculando la autonomía con "determinados objetivos y metas de carácter colectivo" (Ibíd.: 522), entre otros. Tales avances, en su aplicación efectiva en países con constituciones insuficientes, sufre serias desconocimientos o restricciones y en las de mayor suficiencia, alguna limitación importante, lo cual expresa en últimas la falta de la reformulación unitaria o integral de los derechos fundamentales y una concepción restrictiva de la ciudadanía social.

Desde la tesis de una reformulación unitaria de los derechos fundamentales, se defiende que el proceso de impulso histórico del componente igualitario de los nuevos derechos sociales, posibilita la ampliación del ámbito de la libertad humana. Desde el presupuesto de la unidad, no existe división entre derechos de libertad y derechos de igualdad; el propósito de los derechos sociales es introducir cierta igualdad en las relaciones sociales que permita la homogeneidad social necesaria, para que en el marco de una democracia real y efectiva se amplíe el ámbito de la libertad humana.

Como afirmó el profesor Peces-Barba: «Todos los derechos son derechos de libertad, incluidos los derechos que aportan un componente igualitario, como los económicos, sociales y culturales, porque ese componente potencia y refuerza la libertad para todos. Derechos fundamentales de cualquier tipo y realización integral de la libertad como libertad autonomía, como superación de los obstáculos que hacen posible el desarrollo en todas las facetas de la condición humana son lo mismo, en su horizonte todavía en parte utópico, pero no imposible en el desenvolvimiento histórico de la sociedad democrática» 94. La finalidad de las prestaciones sociales, y su relación con los servicios sociales, es garantizar el acceso universal a los bienes básicos de toda la ciudadanía puesto que los mercados a pesar de su capacidad para cubrir las necesidades básicas, generan situaciones de exclusión y marginación. (T. Vicente Giménez: 87-88).

A. DEVENÍR NORMATIVO DE UN CONCEPTO

1. EL PRINCIPIO DE LA INTEGRALIDAD EN EL DERECHO PÚBLICO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (PDI-DIDH)

El PdI se empezó a evidenciar en las consideraciones fundamentales y esenciales de la Carta Internacional de Derechos Humanos (CI), especialmente en los ordinales 1, 2, 3, 5, 6 y 7; en la proclama de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, en el considerando tercero común de los Preámbulos de los Pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales[63]:

1. *En los considerandos de la DUDH,* con la simple constatación directa se evidencia que:

"*... la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de*

[63] *La Carta internacional de derechos humanos*. Los textos primordiales que la constituyen son: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (Ley 74 de 1968) y el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos del mismo año, con sus dos protocolos facultativos de 1966 y de 1989 (Ley 74 de 1968 y Ley 297 de 1996, Col), los cuales sirven de guía a las políticas públicas para su implementación. (…) "*la política debe guiarse por los instrumentos internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales".* Esta fue justamente la directriz que, en su momento, como Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el señor Michael Frühling (2004-05-19) planteó en su ponencia para el Seminario Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales organizado por la Procuraduría General de la Nación. Bogotá (04) http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/ponencias.php3?cod=42&cat=24

la familia humana". Enunciado que establece el fundamento de los valores-derechos de la libertad, la justicia y la paz en el reconocimiento de la dignidad humana, determinante de los *derechos humanos iguales, en universalidad e igualdad de todas las personas humanas.*

« (…) *el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad;* se han proclamado como la aspiración más elevada del hombre para el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, *liberados del temor y de la miseria,* disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

(...) [Es] esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.

1. (…) los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

2. (…) los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

3. (…) [la] concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso.

   En la Declaración Universal de Derechos Humanos ello también se hace claro cuando proclama:

   (…) como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción. »

2. Igualmente, en el considerando tercero común de los Preámbulos de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual expresa que:

"*... con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos".* También en el PIDESC, artículo

1.2, que obliga a los Estados a que *"En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia",* en reconocimiento, protección y garantía de que *"todas las personas tienen derechos básicos de subsistencia".*

El primer trazo específico, se localiza en la *Conferencia Internacional de Derechos Humanos* de 1968 que produjo la *Proclamación de Teherán*, cuyo ordinal 13 declaró *la indivisibilidad*[64] de los derechos humanos. Característica que avanzó con la *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social,* proclamada por la Asamblea General en 1969, y llegó a completar su esbozo[65] en el párrafo 2 del artículo 6 de la *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo* -Asamblea General.Res.41/128 de 1986-, que formuló:

"Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales".[66]

Así mismo, se constata la integralidad como principio fundamental de todos los derechos humanos, en los siguientes instrumentos: el Informe sobre la naturaleza y alcance jurídico de las obligaciones estatales, para *lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos* del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1987; en los *Principios de Limburgo sobre la aplicación del PIDESC*[67]*,* donde se presentó un avance significativo de pautas de interpretación (Abramovich-Courtis), y especialmente en las *Observaciones Generales (OG)* del

---

64 *La indivisibilidad*. En el contexto próximo de la Declaración y programa de acción de Viena, se planteó: "… la indivisibilidad de los derechos humanos se refiere a la indivisibilidad de la persona humana y de su dignidad", "…la situación de los más pobres refleja el carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos (…) la miseria tortura al ser tanto en su cuerpo como en su espíritu, en las condiciones materiales como inmateriales de su existencia." ONU. Consejo Económico y Social. 1993: 214-215; 223. Se reflejó entonces la necesaria interdependencia y conexidad material que existe en los derechos para su reconocimiento, respeto y realización.

65 *esbozo.1*. m. Acción y efecto de esbozar.2. m. Bosquejo sin perfilar y no acabado. Se usa especialmente hablando de las artes plásticas y, por ext., de cualquier obra del ingenio.3. m. Aquello que puede alcanzar mayor desarrollo y extensión.4. m. Biol. Tejido, órgano o aparato embrionario que todavía no ha adquirido su forma y estructura definitivas. Real Academia Española © Todos los derechos reservados.

66 En: ONU. Consejo Económico y Social. 1993. *El nuevo orden económico internacional y la promoción de los derechos humanos*. Bogotá, Comisión Andina de Juristas-CAJ, Seccional Colombiana; pp.117 y 122. Normativa antecedida en 1975 por el estudio sobre la realización de los DESC del relator especial Manouchehr GANJI, encargado por el ECOSOC y desarrollada, por el experto Danilo TURK en sus informes de relator (:10), que son *"la parte central"* expresa, del volumen de la referencia bibliográfica publicada por la CAJ.

67 ONU.E/CN.4/1987/17.http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/c12563e7005d936d4125611e00445ea9/ed4316d20459fba3c125699700510241/$FILE/G0044707.pdf

ONU E/C.12/2000/132 de octubre de 2000. Especialmente, en: Parte I NATURALEZA Y ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES CONTRATANTES A. Notas generales: ordinales 3, 11 y 14. B. Principios interpretativos directamente relacionados con la parte II del Pacto. Artículo 2.1 - "Adoptar medidas(…) por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas": ordinales: 16, 17, 19, 21 a 33; 37, 39, 52 a 55, 60 , 65,66, entre otros, y particularmente D. Violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, en el 70 y 72 .

70. El fracaso de un Estado Parte del Pacto de cumplir con una obligación del Convenio, será considerado como una violación al Pacto en derecho internacional.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/1989/22); en la *Observación General 3* de 1990, sobre las obligaciones de los Estados (E/1991/23), que ha tenido un influjo grande en los desarrollos de las demás observaciones generales, así como en la normativa, la jurisprudencia y la doctrina. He aquí su síntesis:

ONU. La naturaleza de las obligaciones de los Estados Partes. La Observación general Nº 3. 1990 (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).14/12/90.Comentario general.

"Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto *se compromete a adoptar medidas,* tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, *especialmente económicas y técnicas, 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 aquí reconocidos".*

Síntesis:

« [Importancia especial del artículo 2]. "El artículo 2 resulta especialmente importante para tener una comprensión cabal del Pacto y debe concebirse en una relación dinámica con todas las demás disposiciones del Pacto".

(...)Si bien un gran énfasis a veces se ha puesto en la diferencia entre las formulaciones empleadas en esta disposición y la contenida en el artículo 2 equivalente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no siempre se reconoce que también existen semejanzas importantes. En particular, si bien el Pacto establece la aplicación progresiva y ***reconoce las restricciones debidas a las limitaciones de los recursos disponibles, también impone varias obligaciones de efecto inmediato.***

En él se describe la índole de las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados de: comportamiento y resultado, de realización paulatina "con las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta" y, de efecto inmediato, inclusive, en una, está la de "compromiso de garantía que los derechos pertinentes se ejercerán "sin discriminación...".

---

72. *Se considerará que el Estado Parte comete una violación al Pacto* si, por ejemplo:

- no logra adoptar una medida exigida por el Pacto;
- no logra remover, a la mayor brevedad posible y cuando deba hacerlo, todos los obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho;
- no logra aplicar con rapidez un derecho que el Pacto exige;
- no logra, intencionalmente, satisfacer una norma internacional mínima de realización, generalmente aceptada, y para cuya satisfacción está capacitado;
- adopta una limitación a un derecho reconocido en el Pacto por vías contrarias al mismo;
- retrasa, deliberadamente, o detiene la realización progresiva de un derecho, a menos que actúe dentro de los límites permitidos en el Pacto o que dicha conducta se deba a una falta de recursos o a una fuerza mayor;
- no logra presentar los informes exigidos por el Pacto.

1. ***[El compromiso de "adoptar medidas"].*** Sus características son de realización paulatina, en plazos razonablemente breves, mediante acciones deliberadas, concretas y orientadas a la satisfacción de las obligaciones:

... si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve". "Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

• **[En cuanto a todos los medios apropiados].** Son los que se definen en el artículo 2 (1) de "todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas".

Por ejemplo, puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación si se carece de una base legislativa sólida para las medidas necesarias. En esferas como la salud, la protección de los niños y las madres y la educación, así como en lo que respecta a las cuestiones que se abordan en los artículos 6 a 9, las medidas legislativas pueden ser asimismo un elemento indispensable a muchos efectos.

La adopción de medidas legislativas no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes:

Debe darse a la frase *" <por todos los medios apropiados> su significado pleno y natural. Si bien cada Estado Parte debe decidir por sí mismo qué medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias y en relación con cada uno de los derechos contemplados,* ***la <propiedad> de los medios elegidos no siempre resultará evidente.*** *Por consiguiente, conviene que los Estados Partes indiquen en sus informes no sólo las medidas que han adoptado sino también en qué se basan para considerar tales medidas como las más <apropiadas> a la vista de las circunstancias. No obstante, corresponde al Comité determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas".*

•*Entre las medidas apropiadas, además de las legislativas, están los judiciales. Está "la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables.* El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos.

De hecho: *"existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones, entre ellas las de los artículos 3, 7 (inciso i) del apartado a), 8, 10 (párr. 3), 13 (apartado a) del párrafo 2 y párrafos 3 y 4) y 15 (párr. 3), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables".*

• En los casos en que la adopción de políticas concretas encaminadas directamente a hacer efectivos los derechos:

"(…) ha tomado forma de disposiciones legislativas", es "deseable saber" "si tales leyes establecen algún derecho de actuación en nombre de las personas o grupos que consideren que sus derechos no se están respetando plenamente en la práctica.

En los casos en que se ha dado el reconocimiento constitucional de derechos económicos, sociales y culturales concretos, o en los que las disposiciones del Pacto se han incorporado directamente a las leyes nacionales", de "hasta qué punto tales derechos se consideran justiciables (es decir, que pueden ser invocados ante los tribunales)", (…) sobre todo el caso en que las disposiciones constitucionales vigentes en relación con los derechos económicos, sociales y culturales hayan perdido fuerza o hayan sido modificadas considerablemente".

7. Otras medidas "<apropiadas> y que no agotan, son las de carácter administrativo, financiero, educacional y social".

8. ***En lo que respecta a sistemas políticos y económicos:***

Tampoco *"exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia. Así pues, en lo que respecta a sistemas políticos y económicos el Pacto es neutral y no cabe describir lealmente sus principios como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el laisser-faire, o en ningún otro tipo de planteamiento específico".*

A este respecto, el Comité reafirma que los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos, como se afirma entre otros lugares en el preámbulo del Pacto, se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata. El Comité también señala la pertinencia a este respecto de otros derechos humanos, en particular el derecho al desarrollo.

9. ***La principal obligación en lo que atañe a resultados*** es la de adoptar medidas "para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]".

La expresión "progresiva efectividad" se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo.

En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes.

Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.

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

Corresponde a cada Estado "una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos".

"Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata".

La obligación de cada Estado de *"tomar las medidas necesarias <hasta el máximo de los recursos de que disponga>. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas".*

Es "de relieve" "que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes:

"...sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar

estrategias y programas para su promoción". Antecedente citado: Observación General Nº 1 (1989).

Se "subraya el hecho de que, aun en tiempos de limitaciones graves de recursos

"*...causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo*".

En apoyo de este enfoque, el Comité toma nota del análisis preparado por el UNICEF con el título de *Ajuste con rostro humano: protección de los grupos vulnerables y promoción del crecimiento*1, el análisis del PNUD en Desarrollo humano: informe 1990, y el análisis del Banco Mundial en el Informe sobre el Desarrollo Mundial, 1990.

La frase 'hasta el máximo de los recursos de que disponga'

"...tenía la intención, según los redactores del Pacto, de referirse tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales." Más aún, el papel esencial de esa cooperación en facilitar la plena efectividad de los derechos pertinentes se destaca además en las disposiciones específicas que figuran en los artículos 11, 15, 22 y 23. Con respecto al artículo 22, el Comité ya ha llamado la atención, en la Observación general Nº 2 (1990), sobre algunas de las oportunidades y responsabilidades que existen en relación con la cooperación internacional. El artículo 23 señala también específicamente que "la prestación de asistencia técnica" y otras actividades se cuentan entre las medidas "de orden internacional destinadas a asegurar el respeto de los derechos que se reconocen en el... Pacto".

La cooperación internacional *para el desarrollo y la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es una obligación de todos los Estados.* Es "de relieve" que de acuerdo con la normativa (cf.)

"la cooperación internacional para el desarrollo y, por tanto, para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es una obligación de todos los Estados. Corresponde particularmente a los Estados que están en condiciones de ayudar a los demás a este respecto. El Comité advierte en particular la importancia de la Declaración sobre el derecho al desarrollo aprobada por la Asamblea General en su resolución 41/128 de 4 de diciembre de 1986 y la necesidad de que los Estados Partes tengan plenamente en cuenta la totalidad de los principios reconocidos en ella. Insiste en que si los Estados que están en situación de hacerlo no ponen en marcha un programa dinámico de asistencia y cooperación internacionales, la realización plena de los derechos económicos, sociales y culturales seguirá siendo una aspiración insatisfecha en muchos países. A este respecto, el Comité recuerda también los términos de su Observación general Nº 2 (1990)".

Igualmente se presenta el concepto de desarrollo humano y sus indicadores del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) así como las *directrices ope-*

racionales sobre reducción de la pobreza y el *manual general* sobre la pobreza del BM en 1991 - estas con beneficio de inventario sobre la regresividad y limitación a la indigencia, la marginación y la pobreza, debiendo considerarse lo relacionado con la mera superación de asistencial-(NACIONES UNIDAS. Consejo Económico y Social. 1993:72-74).

La concreción de los elementos fundamentales del principio de integralidad se hizo en la Declaración y Programa de Acción de Viena[68] *(DPAV),* en el contexto del *nuevo orden internacional y la promoción de los derechos humanos*[69]. Su ordinal 5 aprobó los elementos esenciales de indivisibilidad, interdependencia, interrelacionamiento y, especialmente, trato justo y equitativo, con el mismo peso y valor universal:

"Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí" y se deben "tratar en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso". Se tendrán en cuenta las particularidades y diversidad "pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales".[70]

Así, con estos elementos constitutivos, el principio del la integralidad[71] se concibe como aquel por el cual ***"todos los derechos humanos tienen el mismo peso y valor", son de y para todos los seres humanos,*** sin discriminación alguna. Lo cual irradia su fundamentación, formulación y comprensión en el orden positivo formal, como también su exigibilidad judicial y aplicabilidad material, y hace indispensable la fijación jurídica de sus contenidos básicos, el establecimiento y naturaleza de las obligaciones y los medios legalmente definibles de su aplicación (ONU. ECOSOC 93:23).

-En cuanto a la conceptualización y aplicación contemporánea de los derechos humanos, visto el devenir normativo, se puede considerar que el PdI no desconoce la necesaria y diferenciada tipología de los derechos y que tiene en cuenta la titularidad individual –inherente, naturalizada, conquistada o adquirida- en los derechos civiles, políticos, socioeconómicos y culturales, así como que también se extiende a la dimensión colectiva al vincular a los pueblos, al Estado y a la sociedad en su conjunto.

En materia de las obligaciones de abstención o actuación positiva, estas son propias de los diferentes tipos de derechos (Abramovich-Courtis). No obstante, su diferenciada aplicabilidad, inmediata o progresiva, no obsta para que cuando se requiera el cum-

---

68 ONU.Distr.GENERAL.A/CONF.157/2312 de julio de 1993ESPAÑOL Original: INGLES

69 ONU. Consejo Económico y Social. 1993. *El nuevo orden económico internacional y la promoción de los derechos humanos.* Bogotá, Comisión Andina de Juristas-CAJ, Seccional Colombiana.

70 ONU. *CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS.* Viena, DECLARACION Y PROGRAMA DE ACCION DE VIENA . A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993 En:http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument

71 Ver:http://secap480.un.org/search?q=principio+de+integralidad+de+derechos+humanos&btnG=Buscar+en+el+sitio+de+la+ONU&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&output=xml_no_dtd&ie=utf8&client=UN_Website_Spanish&num=10&Submit=Buscar&oe=utf8&proxystylesheet=UN_Website_Spanish&site=un_org

plimiento de la condición reglada de progresividad estas obligaciones pasen a ser de aplicación inmediata. La prevalencia de unos derechos, como condición de realización de otros, debe sujetarse a la integralidad que los valora y pesa por igual y los comprende en forma *indivisible, interrelacionada e interdependiente* para que, tomando en consideración sus especificidades y condiciones propias, se atienda la urgencia de aplicabilidad requerida y el concepto de daño *inminente* (R. Arango).

Lo anterior, comprendiendo que las "interpretaciones sobre la base real, el contenido y los métodos eficaces de realización varían, por la sencilla razón de que las realidades en que se forjan esas interpretaciones también son sensiblemente distintas" (ONU. Consejo Económico y Social. 1993:113) y de que la intervención estatal es necesaria "para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales que crean condiciones para la plena aplicación de los derechos civiles" y para promover la resolución de los problemas que se presenten entre ellos, mediante una ponderación razonable de los principios y las realidades concretas de los hechos relevantes determinados por diferentes factores civiles, políticos, socioeconómicos y ambientales, mas no por una valoración asimétrica de sus contenidos.

En la perspectiva del PdI, en lo que respecta al Estado sobre su responsabilidad y cumplimiento obligatorio de los compromisos internacionales en materia de DESC, su accionar está controlado y modulado por: "el pleno respeto y observancia de los derechos civiles y políticos que dan al pueblo la posibilidad de controlar el Estado" mediante la democracia participativa; "la existencia de un buen gobierno apoyado por la voluntad de los ciudadanos" así como por el "respeto por el imperio del derecho aplicado de "forma coherente" y no politizada, dentro de una descentralización razonable, planeación económica, coordinación, eficiencia y no corrupción. Ello, a diferencia de un modelo de Estado con "enfoques de desarrollo basados exclusivamente en el mercado" y el monetarismo, que no ha conducido "necesariamente a la disminución de la pobreza o a un mejoramiento de la situación efectiva de los derechos socioeconómicos" y tampoco establece la obligación permanente y la "responsabilidad de los gobiernos de garantizar las inversiones básicas en la población" (UNICEF) ni el nexo inescindible entre "crecimiento económico y bienestar humano" (SEN), razones por las cuales deja los DESC "al arbitrio del sector privado" y convierte el logro de la seguridad humana en una simple utopía irrealizable.

2. LA EXISTENCIA DEL PRINCIPIO DE LA INTEGRALIDAD EN EL ÁMBITO IBEROAMERICANO DEL SUR (PDI- AIS)

El PdI, siguiendo el modelo constitucional Iberoamericano[72], empezó a perfilar su reconocimiento a partir de la década del 90 del siglo pasado en las constituciones colombiana de 1991 y venezolana de 1999 y, especialmente, en los inicios del siglo XXI en las boliviana y ecuatoriana del 2009, constituciones todas que fueron aprobadas por asambleas constituyentes[73]. Estas normativas que corresponden a países que *tuvieron un origen común en el periodo de la Gran Colombia y similar influjo del Libertador Simón Bolívar*, hoy registran su mayor avance, a partir de la DPAV de 1993, en el marco –con excepción de Colombia- de la corriente que se autodenominó Socialismo Siglo XXI[74].

El PdI se constata en las Constituciones de surámerica

Se evidencia en la Constitución de Colombia de (1991) en la formulación de los diferentes tipos de derechos y titulares y en su concreción específica, por vía de jurisprudencia constitucional, de lo que hemos denominado avances del PdI. La *Constitución de Venezuela*[75], de la que se destaca el **Artículo 19:**

"El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos.

Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen", sin menoscabo del reconocimiento que corresponda en la materia a las propuestas de nuevas reformas que no menoscaben la parte individual en que se soporta el PdI.

En cuanto a la constitución de Bolivia: el Artículo 13 estableció:

I. *Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.* **II.** *Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.* **III.** *La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.* **IV** *Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en*

---

72 Ibíd.RES PUBLICA N°1.De los derechos fundamentales a medias.

73 Ibíd. Las constituciones Europeas de España y Alemania, así como, la colombiana, están observadas por el autor de este libro en el concepto de Derechos fundamentales a medias.

74 http://www.google.com.co/search?client=firefox-a&rls=org.mozilla%3Aes-ES%3Aofficial&channel=s&hl=es&source=hp&q=Socialismo+S.+XXI.&meta=lr%3Dlang_es&btnG=Buscar+con+Google

75 http://www.constitucion.ve/documentos/ConstitucionRBV1999-ES.pdf

el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

En general, en esta Constitución se especifican los derechos de grupos sociales, como los de pueblos indígenas, niños, familias, adultos mayores, personas con discapacidad, privados de libertad e, incluso, los derechos de los usuarios y consumidores.[76] Incorpora, además, el trato de género en igualdad de condiciones y se reconocen los derechos al agua y los servicios básicos, los derechos sexuales y reproductivos y los DESC.

La Constitución ecuatoriana de 2009[77], desarrolla sistemáticamente el Pdi en el ordinal 6 del artículo 11 y en los artículos 3 (ordinales 1 y 5), 10,11, 12, 13, 84 a 88, 93 y 94.

• **El artículo 11, 6,** prescribe que: *"Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía"*. Con lo cual incorpora el núcleo de lo preceptuado en el ordinal 5 de la DMV.

• **El artículo 3,** a título de deberes primordiales del Estado, establece la garantía universal y el goce efectivo de los derechos reconocidos en la constitución y en los instrumentos internacionales, y hace énfasis en los derechos sociales de *"la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes"* (ordinal 1). Este último, considerado por la doctrina en otros tipos de derecho, así el deber de "erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir" (ordinal 5).

• *En los principios de aplicación*, el artículo 10 reconoce la titularidad y goce de los derechos de "Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos" e incluye a la naturaleza como sujeto de los "derechos que le reconozca la Constitución", avance de la concepción ambientalista y ecológica de los derechos humanos frente a la concepción jurídica del sujeto como elemento estructural y subjetivo.

• El ejercicio de los derechos estará regido por los principios de promoción y exigencia "de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes", que garantizarán su cumplimiento (artículo 11 Ord. 1).

Según esta visión, todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades adicionando a los motivos clásicos de discriminación los de etnia, identidad de género, pasado judicial, condición migratoria, ser portador de VIH y tener discapacidad o diferencia física. La garantía que instaura es la de que *"El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad"* (Ord. 2). Serán "*de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor*

[76] http://www.bbc.co.uk/spanish/specials/1224_referendo_boliv/page5.shtml

[77] http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte y sin reglamentarismos diferentes a los establecidos en la Constitución o la ley. Derechos que "serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento" (Ord. 3).

Todo ello, con fundamento en:

Los *"derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento"* (Ord. 7) y teniendo en cuenta que su contenido *"se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas"*, correspondiéndole al Estado generar y garantizar *"las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio"*, por lo cual será inconstitucional *"cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos"* (Ord. 8).

Posición jurídica que implica *"El más alto deber del Estado que consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución"*. Toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en materia de responsabilidad estará obligada *"a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos"*; obligación con la cual el Estado "ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido". (Ordinal 9).

Como derechos del buen vivir. Están el derecho al agua como "fundamental e irrenunciable", el cual, a su vez, es "patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida" (Art. 12). De igual modo, a las personas y colectividades, el derecho "al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales", para lo cual el Estado "promoverá la soberanía alimentaria" (artículo 13).

En materia de garantías constitucionales de los derechos. Establece la Constitución ecuatoriana que todos los órganos con potestad normativa tendrán "la obligación de adecuar, formal y **materialmente**, las leyes y demás normas jurídicas(...) para garantizar la dignidad del ser humano, las comunidades, pueblos y nacionalidades"; de tal forma que en "ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución" (artículo 84).

En cuanto a las políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana que garanticen los derechos reconocidos, su formulación, ejecución, evaluación y control estará regulado por las disposiciones de:

- Orientarse a hacer efectivo **"el buen vivir y todos los derechos", con base en el principio de solidaridad.**

- Cuando *"los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán* ***medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto".***

- Aplicar la garantía estatal de **"distribución equitativa y solidaria del presupuesto** para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos" y de **"la participación** de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades" (artículo 85).

En general, sobre las garantías jurisdiccionales, establece como disposiciones comunes: 1. La universalidad de proponer las acciones previstas en la Constitución. 2. La inaplicabilidad de "las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho" y la orientación de que "en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la **reparación integral**, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, las circunstancias en que deban cumplirse" así como, que "Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución".

Del mismo modo, la orden de "destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar", por incumplimiento de la sentencia o resolución. En caso de ser un particular, "se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley", y también se ordenará la remisión a la Corte Constitucional de todas las sentencias ejecutoriadas "para el desarrollo de su jurisprudencia" (artículo 86).

Finalmente, en cuanto a sus mecanismos, instauró las **acciones de protección** (artículo 88), la **de incumplimiento** (artículo 93) y la extraordinaria de protección (artículo 94) que guardan, en lo sustancial, similitudes entre sí en este tipo de sistema normativo, salvo la última, que en lo procesal incluye una instancia posterior al "agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado".

B. APRECIACIONES, CONCEPTOS Y FUNDAMENTOS QUE HABLAN DEL PRINCIPIO DE LA INTEGRALIDAD

1. EN LA ARGUMENTACIÓN ANTROPOLÓGICA, LA DIGNIDAD HUMANA DEBE REALIZARSE DE MANERA INTEGRAL

La argumentación antropológica se basa en la dignidad humana, la cual concibe en su realización espiritual y material, como condiciones subjetivas y objetivas que se deben reconocer, respetar y garantizar integralmente.

La dignidad, concebida como condición espiritual de la persona[78] y fin en sí mismo (Kant), determina que *"ningún ser humano debe ser convertido en instrumento, en un medio o en un objeto a través del cual se cumplan fines o los propósitos de otros"* (Herreño 08: 39) y, en consecuencia, limita al poder[79]. Esta condición es inescindible de las condiciones objetivas o materiales de su realización, para las cuales deben el Estado y la sociedad, brindar las garantías materiales a los individuos (Ibíd.:39).

Así, desde la integralidad, la característica de la inherencia que se predica de los derechos de las personas titulares debe trascender el reduccionismo "inherentista", vinculándola a la vida digna y a las condiciones dignas, en la naturalización de su ser multidimensional (Morín). Es decir, no sólo en la vida, la integridad y las libertades

[78] Cfr. Papacchini 97:"Si la vida constituye el soporte material y la condición de posibilidad de la libertad, la dignidad cumple en cambio el papel de soporte ideal, alrededor del cual se articulan los demás derechos, pensados como una concreción y realización de esta exigencia fundamental"(: 532), Ibíd.

[79] Para que la persona no "se reduzca a condiciones de humillación, degradación o deshumanización" (Herreño 08:39).

básicas de pensamiento, conciencia, expresión y locomoción que, en general, *restringe a las primeras categorías de la persona formuladas por la Unesco,*[80] como seres morales (personas) con derechos físicos (organismos biológicos) e intelectuales (individuos con racionalidad), civiles y políticos (miembros de la sociedad civil y política), sin incluir las dimensiones restantes.

Todo lo cual requiere la incorporación de la dimensión socioeconómica-cultural, inescindible de la construcción y existencia del sujeto como una persona que está "impregnada de relaciones sociales y sin las cuales sería una mera abstracción" (Papacchini 97: 568). Es inseparable de la fuente del trabajo y de la relación participativa en condiciones dignas y justas de vida, de trabajo y subsistencia, por medio de la garantía de un básico o "mínimo vital" como derecho fundamental que le posibilita el ejercicio de la libertad de las necesidades y el desarrollo de sus capacidades o potencialidades.

La dignidad, como límite, sentido y finalidad del poder del Estado de derecho, presupone el reconocimiento del valor de la persona humana, individual y socialmente integrada en una sociedad que ha comprendido la regresividad de la humanidad cuando se dan situaciones o casos de o*presión y tiranía, salvajismo y barbarie, esclavitud y servidumbre, y cualquier tipo de discriminación o distingo discriminatorio que ultraja la conciencia de la humanidad*, tal como lo ha expresado la declaración universal de derechos. La dignidad requiere del ejercicio de los derechos de solidaridad y supervivencia como especie en el planeta, frente al riesgo nuclear, ambiental y, si se quiere político, derivado de un gobierno dictatorial imperial, hegemónico y totalitario. Igualmente, precisa de las dimensiones íntegras de titularidad del sujeto individual-colectivo y de los pueblos, según las condiciones materiales y jurídicas posibles de tutela individual-colectiva e internacional.

Estos aspectos en su conjunto, constituyen la seguridad humana y posibilitan la potencialización de su proyecto de humanización –del constructo primitivo, salvaje y bárbaro hasta su dimensión espiritual y cósmica, propia de la multidimensionalidad del ser humano (cfr. Morín)-, traspasando el estrecho marco de libertad e igualdad de todos ante la ley (formal), en el que sólo existe un individuo reducido a la dimensión burgués mercantil, atomizado y absorbido en la posesividad utilitaria consumista y bursatil, existencialmente vacío de otros contenidos. Todo lo cual, en el conjunto de los elementos esenciales de la persona, desde la antropología filosófica que se completa en las siguientes dimensiones:

a) *la interioridad*, que se desprende de la condición de racionalidad del ser humano y lo faculta para poseer una vida interior o interioridad; b) *la exterioridad*, que alude al sentido de alteridad del ser humano o a su vocación de estar abierto a la relación con sus semejantes; c) *la comunicación*; d) lo biológico- instintivo; e) la laboral- creativo; f) lo sexual; g) lo axiológico;h) lo sociopolítico y i) lo histórico, entre otras. (Herreño 08:46)

[80] En: UNESCO. *BREVE HISTORIA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE,* sin fecha. Párrafo introductorio (S/n).

La dignidad, considerada objetivamente, se concreta en el acceso justo a los bienes y servicios básicos "por igual a todas y todos los que conforman la idea abstracta de humanidad", como un fin material que propende por el "goce pleno y respetuoso de los derechos humanos", dentro del "desarrollo integral del ser humano" (Ibíd.: 45) en la ligazón de "las libertades políticas y los derechos relacionados con la seguridad económica" (Sen) que personifican al ser humano en "el modo específicamente humano" (Mounier), lo cual, "sólo es alcanzable mediante la satisfacción de los derechos humanos integrales" (Ibíd.: 46) a través del ejercicio de la autonomía de la persona que no enajena la vida y sus planes en la dinámica meramente consumista enajenante y alienada.

2. Acerca del por qué hay que considerar al titular de derechos como persona íntegra y del por qué, para su fundamentación, es necesaria una escuela crítica de derechos humanos

Nuestro enfoque promueve el desarrollo integral de las personas en la articulación de lo social con lo jurídico y su fundamentación en la dignidad humana. Según el esbozo que acogemos de Ángel L. Herreño 08, sus representantes en lo sociojurídico son: Mounier, De la Torre Rangel y, especialmente, James Griffin. Su fundamentación la centramos en la escuela crítica, según lo sustentado y legado por su representante, Joaquín Herrera Flores (…-09), de lo cual hacemos la correspondiente sistematización:

- *El sujeto titular de derecho es una persona íntegra que tiene dignidad*. James Griffin plantea que: "*…el cumplimiento de todos los derechos humanos es la única garantía para transformar a las personas en 'agentes' (sujetos de derechos) o, dicho en su terminología, la que conduce a la 'personeidad' en la relación con los derechos humanos, los cuales concibe como un conjunto de protecciones de nuestro carácter de agentes o, dicho en otra forma, de protecciones de la personeidad, entendida como la condición de ser persona en sentido integro o de poseer dignidad." (Herreño 08).*

- La perspectiva formula que *se necesitan tres tipos de derechos para conseguir la condición de persona* (Griffin 1999)[81]: autonomía, libertad y bienestar. Los derechos de autonomía permiten escoger los fines de la existencia; los derechos de libertad perseguir tales fines; y los derechos de *bienestar*, la seguridad de los agentes para contar con lo necesario en una vida austera, pero sin limitaciones, que *brinde la protección necesaria* (Ibíd. Herreño) *y justifique la legitimidad democrática de lo existente*.

- La personeidad se alcanza cuando las necesidades esenciales se satisfacen, lo cual es *la base material de lo humano*. Ello posibilita la autonomía para escoger fines y para perseguirlos libremente (Griffin 2002, 106). Personeidad que "requiere los

[81] Criterio que se concreta en la dimensión objetiva material, la cual posibilita las condiciones para la realización de la persona en libertad y autonomía.

valores de la autonomía y la libertad, pero al mismo tiempo hace obvia la *exigencia de un mínimo de recursos materiales, pues ellos condicionan la existencia misma de los derechos o de las 'practicalidades'"* [garantías de los derechos, su otro fundamento] (Ibíd.:50).

- *Los derechos humanos se definen* como aquellos que aseguran "nuestra condición de agentes o de personas en sentido pleno". No los que "brinda[n] una vida buena, feliz o perfecta". Sus dos *fundamentos son: la personeidad* [que] es el origen de los derechos; [a través de ellos] se realiza la dignidad humana y, *las practicalidades* que determinan el goce de los derechos:

« *El primer estadio del agente humano es tomar nuestras decisiones por nosotros mismos, no siendo controlados por ningún otro (autonomía). Para hacer algo más que hechos vacíos, nuestras decisiones deben estar informadas, debemos tener una educación básica, acceso a la información y a las ideas de otras personas. Y, después de haber construido una idea de la vida buena, debemos ser capaces de perseguirla.*

De modo que en el camino necesitamos, en una cuantía suficiente, medios materiales para darnos apoyo. Y si tenemos todo esto, entonces necesitamos que otros no nos detengan (libertad). Siempre que la palabra básico aparece aquí, significa la base necesaria no sólo para mantener el cuerpo y el alma unidos sino para vivir como agente (Griffin 2002,106)». (Cit.Herreño ibíd.: 51).

- En la aplicación del principio de la dignidad humana por la justicia, la Corte Constitucional colombiana ha considerado lo siguiente:

El nuevo espíritu constitucional: la dignidad de la persona humana.

"*(...) Los magistrados de la Corte Constitucional han sido conscientes del lugar de primacía que ocupa la persona humana en el orden constitucional de 1991. El principio de la dignidad humana consagrado en el artículo 1º de la Constitución ha iluminado la jurisprudencia constitucional desde sus comienzos.*

El efecto irradiador de este principio fundamental se ha hecho notorio en las sentencias constitucionales que tutelaron los derechos fundamentales de personas de la tercera edad, de personas privadas de la libertad sin esperanza de recuperarla de nuevo por su situación de inimputables, de niñas y niños expulsados de planteles educativos violando el debido proceso o por razones inadmisibles, de personas contagiadas del VIH-sida, de reinsertados políticos objeto de persecución armada o de trabajadores discriminados en razón de su afiliación sindical.

Esos y muchos otros casos más son ejemplo del espíritu que inspira a la Corte Constitucional: antes los derechos fundamentales valían en el ámbito de la ley; ahora son las leyes las que solo valen en el ámbito de los derechos fundamentales" [82].

[82] http://www.defensoria.org.co/pdf/observatorio/tomo2.pdf (p. 28).

JOAQUÍN HERRERA FLOREZ. In Memoriam

3. LA TEORÍA CRÍTICA Y ALTERNATIVA DE DERECHOS HUMANOS DE JOAQUÍN HERRERA FLORES Y LOS ASUNTOS QUE RESUELVE

Con esta denominación se puede distinguir la teoría que empezó a formular Joaquín Herrera Flores en 1989 en su investigación sobre (a.) la Escuela de Budapest, la cual desarrolló como (b.) *visión crítica, integral y contextual*[83] a lo largo de su teoría crítica y alternativa de los derechos humanos.

La teoría crítica la consideramos indispensable para poder darle sostenibilidad a la integralidad de los derechos humanos, puesto que posibilita la re-fundamentación de la dignidad humana en la praxis social y su objetivación normativa. Comprende las necesidades e intereses éticos y políticos en los procesos de lucha que concreten la dignidad de la condición humana. Con ella se supera lo que se ha denominado "in-herentismo" individualista –calificado de excluyente e injusto- y se trasciende de los derechos meramente jurídicos a "la vida cotidiana" de la sociedad civil, sin eludir las responsabilidades del Estado y segun el tipo de modelo socioeconómico que lo sustenta.

[83] Esta visión fue aportada en su obra. Algunos artículos en dialnet: http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=125222.

La escuela promueve la superación del mero normativismo analítico y abstracto, así como, el sociologismo que desconoce la dimensión normativa de lo jurídico. Puede reinterpretarse como fuente principal originaria del concepto de derechos humanos del socialismo liberal que considera el proceso de liberalización humanística del socialismo clásico promovido por la Escuela de Budapest.

Desde la concepción de la integralidad de los derechos humanos, relaciona a la persona en su vínculo inescindible con el trabajo, el cual entiende como la categoría fundante: el trabajo digno y dignificante –no reducido al del "vanguardismo proletario" que, como señaló Adolfo Sánchez Vásquez, está revaluado y superado[84]- en la vincularidad de la triada vida-libertad-igualdad.

Tales aspectos, con otros que iremos considerando por su importancia decisiva, justifican ser ilustrados en lo que nos proponemos evidenciar:

a. ***La escuela de Budapest y los derechos humanos***[85]. Esta escuela se inscribe en el humanismo socialista (Fromm y otros 66[86]) y fue rehabilitada en la *Escuela de Fráncfort* por Antonio Pérez Luño en su obra principal *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, en "una síntesis hasta ahora no superada" (J. Herrera 89: 10) de recuperación doctrinal de la razón práctica, frente a un racionalismo que no la vincula.

La escuela, en la perspectiva de la filosofía ética-política-social y jurídica de los derechos humanos, asume las siguientes consideraciones y postulados:

- *Su vínculo y pertinencia con los derechos humanos* se da en la aproximación a los principios de la ONU, el establecimiento de las bases para una constitución del socialismo democrático y humanista en la Europa Oriental donde imperó el socialismo real y, especialmente, su correlato a través de instrumentos como la *"Declaración de derechos y deberes básicos"* (:36) establecida por el Parlamento de Consejos Obreros (PCO) en la reivindicación de los siguientes principios:
    - La abolición de las distintas formas de opresión del hombre por el hombre.
    - La *disminución* de todo tipo de desigualdad social.
    - El desarrollo de todos los ámbitos sociales -incluido el económico- de comunidades eficaces *"que posibiliten la aparición de individuos auténticos"*.
    - *Y "el progresivo aumento del espacio de libertad humana, junto a la constante humanización de las condiciones sociales."*(:41).

[84] Adolfo Sánchez Vásquez, 1999. *Entre la realidad y la utopía:* ensayos sobre política, moral y socialismo. México, FCE.

[85] Ibíd. Joaquín Herrera Flores.1989.

[86] Erich Fromm y otros 66. *Humanismo socialista;* Buenos Aires, Paidós.

- En relación con la noción, el concepto y los principios de los derechos humanos, estos son *"las pautas normativas y éticas de mayor grado de generalización a todas las formas de vida que componen la idea de humanidad"* (p.9), concepto que se resuelve en la relación normativa social-ética-jurídico y cultural.

El componente de *objetivación cultural*, va pasando de ser puro patrón de conducta cotidiana "a normas jurídicas institucionalizadas en un nivel universal", las cuales no deben -ni pueden- suplantar la realidad de los hechos, pero tampoco obviar "esa naturaleza proteica que los caracteriza" (p 9).

En su conjunto, los derechos se conciben como *"realidades normativas e institucionales que se van construyendo socialmente a través de la coimplicación de la praxis social, la constante producción de nuevas necesidades y el proceso de valorización colectiva."*(:52).

- La estructura analítica central de fundamentación interrelaciona tres factores: trabajo-necesidades-valores, según los siguientes elementos distintivos:

  • El trabajo, entendido como una actividad humana específica,

  • Las necesidades humanas, en su proceso constante de radicalización,

  • Y los valores, como preferencias sociales generalizables. (Ibíd.:10).

- Las consideraciones teóricas generales parten de las bases formuladas por Markus, en el empeño de construir una ontología del ser social que reconoce: 1) *"el papel filosófico central de la categoría del trabajo humano"* y 2) el papel de la ideología y la alienación humana (:49). *En ellas coexisten los procesos de socialización humana y el del trabajo.*

En cuanto al proceso de socialización humana, es "una consecuencia del desarrollo de la esfera económica como marco esencial del progreso histórico" (:49). Y, el proceso del trabajo, la "realización de posibilidades alternativas que abren caminos a la interpretación ética del socialismo humanista, como elección alternativa de valor" (:49).

- La sistematización racional debe vincularse con el análisis histórico concreto de las "formas fenoménicas":

"…Cualquier reducción de la complejidad del fenómeno podrá satisfacer intereses de sistematicidad y coherencia lógicas, pero sólo una visión procesual y dialéctica de su naturaleza podrá captar la potencialidad de dichas normas-y-reglas, para criticar la realidad presente y posibilitar la construcción de una "razón con esperanza"."(:50).

Consecuentemente la escuela advierte la deficiencia de todo acercamiento dogmático y ontologísta al ser social, procurando una "teoría abierta a los hechos", de ontología-antropológica.

- Respecto del papel y reconocimiento en los derechos humanos y en la vida cotidiana o sociedad civil:

« En la actualidad es innegable el papel que desempeñan los derechos humanos en la vida cotidiana de los hombres y mujeres del mundo contemporáneo. La existencia de estos elementos normativos se extiende a todas y cada una de las parcelas de las vidas particulares de las personas, regulando en cierta medida sus relaciones más íntimas: la autodeterminación individual, la libertad de expresión, la intimidad, la dignidad humana (...) elementos que configuran la vida cotidiana de los individuos, concretando el postulado ilustrado según el cual todos nacemos libres, dotados de razón y de conciencia, y tenemos <<derecho>> a poner en práctica nuestras capacidades.

Los derechos humanos constituyen, pues, el ejemplo más directo de la microfísica axiológica del mundo actual. Las ideas de libertad, igualdad, pluralismo, etc. y todas sus manifestaciones y determinaciones concretas, van cubriendo cada vez más capas de la vida cotidiana, apoyada tradicionalmente en lo inmediato y en lo pasional.

El grado de desarrollo cultural y social de un país o una colectividad organizada se mide, en todo el universo y formas de vida que componen hoy por hoy la humanidad, por el rasero de la efectividad y grado de aceptación de los derechos humanos en la vida cotidiana o, lo que es lo mismo, en la sociedad civil. » (:50-51).

Reconocerse en estos derechos es *"sentirse partícipe de una comunidad que trasciende las particularidades cotidianas y las fronteras culturales y políticas"*, en las que *"el arte y la filosofía han sido los sistemas objetivacionales que más se han acercado a esa necesidad de trascender las escisiones del ser social", de conectar "la vida cotidiana y las objetivaciones genéricas."* (:51).

- La fundamentación es entendida, desde la integralidad abierta y dinámica.

Como: *"una tarea de partes, de articulación de momentos separados [que] consiste en actuar teóricamente desde la mediación central, intentando descubrir el dinamismo, el movimiento que, recuperando el excedente que resuma la vida cotidiana (singularidad, sociedad civil), lo conecta con los elementos más genéricos producidos por la evolución de la humanidad.*

Los derechos humanos constituyen una realidad que sólo puede ser asumida desde una teoría abierta y dinámica, ya que no pueden ser vistos ni como meros productos de la vida cotidiana, ni como elementos puramente ideológicos absolutamente desgajados de aquélla (...)" (:52).

En esta perspectiva, los derechos humanos se definen como *"momentos propios de la naturaleza dialéctica del ser social (...) realidades mutables que no agotan su ser en características asumidas a priori (...) realidades normativas e institucionales que se van construyendo socialmente a través de la coimplicación de la praxis social, la constante producción de nuevas necesidades y el proceso de valorización colectiva (...)"* (:52).

Así, la fundamentación, desde la tríada *trabajo-necesidades-axiología*, se abre a la complejidad de los derechos humanos y los profundiza en combinación con lo individual y social de cada momento.

***Según Agnes Heller –citada–, representante de la escuela** (pp. 53-54): Respecto de los ideales de valor, toda teoría radical parte del doble compromiso entre el ser social y los ideales de valor. De lo ontológico y lo axiológico, entre los ideales de lo bello, el bien y la verdad de la persona como ser social y en democracia. En el que se reconozcan institucionalmente las necesidades; un consenso democrático basado en determinados valores; y la vincularidad de necesidades y valores determinantes.*

Aserto que desarrolla de la siguiente forma:

- *Primero, el ideal de lo bello: la persona en comunidad* como ser social que crea, satisface y produce necesidades, y *"se realiza a medida que avanza el grado de desarrollo material de la comunidad"*.

  Este ideal *"nos pone en contacto con las exigencias generalizables y universalizables de una comunidad dinámica en la que todos tengan el mismo derecho a plasmar sus potencialidades y a apropiarse efectivamente de sus capacidades."*

- *Segundo, el ideal del bien cuando está en relación con los demás*, el cual *"puede concretarse en la dialéctica que se establece entre las necesidades y los valores"*. En la relación, *las necesidades tienen un límite,* no por las mismas necesidades, *"sino por la referencia a valores que pueden ser compartidos por los interlocutores* individuales o sociales".

Las necesidades tienen *dos consecuencias de gran importancia para la fundamentación de los derechos humanos:*

La primera: "no deben admitirse restricciones formales al reconocimiento de las necesidades de todos; aunque, eso sí, haya que establecer límites éticos al proceso, excluyendo aquellas necesidades que tiendan al uso del otro como mero medio. Todas las necesidades deben ser reconocidas institucionalmente, pues en una sociedad basada en los presupuestos de la Ilustración no caben ya instancias absolutas de imputación de expectativas y aspiraciones expresadas pública y democráticamente.

La segunda consecuencia reside en el hecho de que *las necesidades por sí solas no nos sirven como base del consenso democrático fundado en determinados valores*. Estos últimos constituyen pautas orientadoras y dinamizadoras de las esferas social y jurídica" (:53).

Tales consecuencias, se dan en una relación entre necesidades y valores:

Las necesidades se miden *"en relación con los valores en su proceso de reconocimiento y satisfacción; pero, por otra parte, sólo los valores que muestran, en un momento histórico determinado, afinidad con necesidades humanas son los que únicamente*

pueden ser objeto de discusión racional (...).Cualquier intento de establecer jurídica o socialmente valores que contradigan ese reconocimiento de necesidades humanas, y que pasen por encima la coimplicación de los dos fenómenos, puede ser rechazado como inadecuado al desarrollo actual de la humanidad en sus aspectos formales más abstractos y, por ello mismo, más universales"(:54).

- *Tercero, el ideal de la verdad: el hombre en democracia.* Vale decir, la democracia institucionalizada *"como único parámetro jurídico-político donde cabría plantearse el desarrollo de la hipotética comunidad ideal de comunicación (...)* [Ella, la democracia] *necesita complementarse con la consideración del hombre como ser social, es decir, como sujeto sometido a un desarrollo histórico y a unas circunstancias que le vienen dadas de antemano y que debe asumir para poder actuar racionalmente."*(:54).

- *La categoría fundamental es el trabajo como "actividad humana específica (...) de apropiación y objetivación propiamente humana".*

Se debe partir de la consideración del proceso de trabajo en la unidad de la teoría y la praxis, como trabajo objetivo y subjetivo que no se reduce a la alienación en la que se encuentre sumido; con una naturaleza esencial de carácter cuádruple: además de la objetiva y subjetiva, la instrumental y axiológica, en la interacción de las necesidades, los valores y las capacidades.

El proceso de trabajo se da en una *"apropiación natural y social y así mismo de creación de objetivizaciones, cada vez más complejas e interactuantes. Sólo si partimos de esta consideración del "proceso" de trabajo es como podremos plantear la necesaria unidad entre teoría y la praxis y, al mismo tiempo, considerar la experiencia histórica como el "producto" de la conciencia social objetivada en normas, instituciones, objetos, ideas y proyectos."*(:55).

En Lukács –citado–**,** el trabajo, como categoría central, adquiere relevancia teórica por su clasificación de objetivo y subjetivo. *El objetivo* se refiere a la naturaleza que existe independiente de la voluntad de los individuos y que puede ser objeto de apropiación y explotación. *El subjetivo*, a la transformación de dicha naturaleza por parte del individuo, que la adapta a sus necesidades e intereses.

Con estos dos tipos, los derechos humanos se entenderán *"como bienes que dinamizan y orientan axiológicamente las relaciones sociales*, en tanto que es precisamente desde el trabajo como únicamente puede distinguirse el carácter activo del hombre de su dependencia pasiva de los objetos y la naturaleza."(:55). Caracterización que –como lo expresa- trae desde Aristóteles, cuando "distinguía el trabajo como actividad puramente instrumental" de "relación individuo-naturaleza" (Techné. En el mito de Prometeo, relativo al fuego) y como una mezcla de actividad "técnica" y actividad social de contenidos morales, de relación individuo-sociedad (Enérgeia. En Antígona de Sófocles, la praxis societaria).

El trabajo no se reduce a la alienación [o jaula] en que se halle sumido:

Primero, porque mediante él "no sólo se producen objetos que satisfacen necesidades", también se produce "la base para la creación de nuevas necesidades que desplazan a otras necesidades y cuya satisfacción, cuando se generalizan como preferencias sociales, puede suponer el cuestionamiento del sistema de necesidades dominante.

La segunda razón está implícita en la primera: desde el trabajo *no sólo se propician necesidades y mecanismos de satisfacción, sino también la posibilidad de elección axiológica -trabajo como energía– entre diferentes modos de actuar,* los cuales se verán afectados por los mismos valores elegidos o interpretados históricamente como básicos. -Ya en el Discurso por la dignidad humana de Pico Della Mirandola se afirmaba que *"el hombre no sólo nace, sino que también se hace" (:56)-. "La naturaleza de su trabajo es cuádruple: objetiva, subjetiva, instrumental y axiológica y, es característica esencial del ser humano".*(:57).

En la unidad dialéctica de *la integridad del trabajo se* "coimplica la libertad de acción del hombre con la responsabilidad personal en el mundo social", constituyendo la phronesis aristotélica de "intersección entre la ética-legalidad y la ética-moralidad".

Desde el pensamiento ilustrado puede establecerse un "contenido mínimo de derecho natural" en relación con el trabajo humano, entendido como síntesis de todo lo anterior:

"…todo individuo nace libre y dotado de razón y conciencia, teniendo derecho a hacer uso de tales capacidades. En esta coimplicación dialéctica entre techné y enérgeia, medida por el postulado ilustrado del uso racional y efectivo de capacidades humanas..." (:57).

b.**El desarrollo conceptual como teoría de derechos humanos** se puede evidenciar en Herrera (2005.a.), en sus obras: *"Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto"* y, en Herrera (2005.b.): *"Los derechos humanos: una visión crítica"*[87]. En ellas se reafirma lo inicialmente planteado en la escuela y se desarrolla, y aclara con las siguientes formulaciones:

- *Los derechos humanos* son realidades normativas vinculadas con los "bienes jurídicos, sociales y culturales de mayor contenido axiológico" (Herrera 1989:122), y se relacionan en "la dialéctica entre el reconocimiento y la satisfacción de necesidades-derechos", en la que "reside el valor de la dignidad humana" (:127), la cual, debe ser comprendida en los contextos socioeconómicos, políticos y territoriales (Herrera 2005b:39).

Elementos centrales de la teoría:

• *La dignidad humana. Núcleo-contenido esencial-especificidad:*

[87] Texto en pdf que en su momento se localizó en http://fiadh.org/descargas/losderechoshumanos_unavisióncrítica.pdf (2006).

Lo que constituye el núcleo y especifica la dignidad humana es el derecho a "tener y poner en práctica derechos", lo que le otorga "la especificación del valor de la "dignidad humana"" (1989:127).

El derecho a tener derechos es el "contenido esencial" de los derechos humanos y "constituye el núcleo del valor de la *dignidad humana*", la cual necesita para su puesta en práctica, la "triple condición de "vida", "libertad" e "igualdad"."(1989:128).

- *Los derechos humanos son un conjunto de procesos (normativos, institucionales y sociales) de lucha. Su universalidad radica en ser marco para todos:*
    - *Los derechos humanos tienen una doble condición: ser dinámicas sociales que impulsan la acción* frente a la generalización de las relaciones -sociales, políticas, económicas y culturales dominantes-, y ser *marcos y esquemas de acción y pensamiento* alternativos a estas relaciones (Herrera 2005a: 221).
    - La universalidad de los derechos radica en *"ser ese marco que permita a todos ir creando las condiciones que garanticen de un modo igualitario y generalizado su acceso a los bienes materiales e inmateriales que hacen que la vida sea digna de ser vivida" (Herrera 2005b:14).*
    - Los derechos humanos son *"el conjunto de procesos (normativos, institucionales y sociales) que abren y consolidan espacios de lucha por la dignidad humana."* (2005b:17). Su naturaleza es el medio o instrumento normativo que postula un deber ser, que siempre depende del sistema de "valores dominantes" de una sociedad concreta.
- Los derechos humanos surgen de los sistemas de "valores dominantes":

« De estos sistemas surgen las normas y los criterios más importantes para su justificación, interpretación o legitimación, frente a los ciudadanos y ciudadanas que están obligados a cumplirlas. A partir de dicho sistema, las necesidades o expectativas humanas se satisfarán de un modo concreto y no de otro.

Si dicho sistema de valores defiende lo público como un espacio necesario de intervención institucional para procurar una satisfacción igualitaria de dicha necesidades y expectativas, así serán las normas que los actores que defienden dicho sistema intentarán imponer (caso de los famosos, pero ahora considerados como especies en extensión, "estados de bienestar").

Pero, si el sistema de valores que predomina es contrario a dicha satisfacción igualitaria, y afirma que la mejor forma de satisfacer las necesidades es integrándose en el marco de la competencia privada por la acumulación creciente de beneficios (lo que ahora se denomina neoliberalismo), los actores que tengan el poder y que defiendan dicho sistema de valores intentarán denodadamente imponer las normas –es decir, la forma de satisfacer las necesidades y expectativas humanas- que más les convengan para reproducirlo lo más posible. »(2005b:33).

Los derechos humanos vistos como *"productos culturales de resistencia y alternativa a la estructura de relaciones dominada por el sociometabolismo del capital"* exigen *"ver los derechos humanos en sus contextos"* (Herrera 2005a:222). En las fases del modelo económico *hegemónico* –de crecimiento económico o de reparto de este-, en las divisiones sociales del hacer y las jerarquías desiguales de acceso *"a los bienes necesarios para una vida digna"*; y en el contexto subjetivo y organizativo de *"las relaciones de fuerza que se dan entre actores sociales existentes y las posibilidades y obstáculos puestos a formas organizativas"* (:223). Ello, en *sus formulaciones y prácticas sociales contextualizadas.*

Su proceso de formación corresponde, en sus orígenes, al *momento* de la burguesía emergente durante los siglos XVII-XVIII, a la construcción e instrumentalización funcional de *"los derechos del ciudadano –en esa fase histórica no se podía hablar aún de derechos humanos [aclara]- para resistirse al esquema de relaciones que primaba bajo las monarquías absolutistas*... [En un] proceso de acumulación originaria…" (:221). Surge de la exigencia de autonomía frente a la hegemonía que entraba en crisis y cuyo *"fundamento esencialista, humanista"* se basa en *"una naturaleza individualista y posesiva ancestral" "que vayamos a saber por qué milagrosa razón coincidía con los intereses de la clase en ascenso"* (: ibíd.)

Valga destacar que el proceso no es lineal y ascendente. Como lo observamos, se le presentan quiebres, rupturas y también alternativas por parte de quienes quedan excluidos o marginados, tanto en lo pre y postcontractual (Santos-García), por quienes exigen la igualdad material, eje central de este planteamiento.

De los derechos del ciudadano a los derechos humanos.

El devenir de los derechos ciudadanos llega a su generalización y formalización con las relaciones y contextos respectivos, en el momento normativo de los derechos humanos de la Carta Internacional de Derechos Humanos, como resultado de un proceso de lucha "no neutra" por la dignidad, "por transformar las condiciones de acceso a los bienes necesarios para construir una vida digna".

Cuando hablamos de derechos humanos no lo estamos haciendo ni de una forma estable ni neutral. *"... pues los derechos humanos como procesos y prácticas de lucha por la dignidad humana están siempre en evolución, en devenir, in the making. Ni tampoco hablamos de una forma neutral, ya que los derechos humanos como procesos y prácticas antagonistas, están en constante conflicto y tensión con los hegemonismos empeñados en hurtar los procedimientos de acceso a los procesos de lucha a los colectivos marginados y explotados. En otros términos, los derechos están siempre in the fighting".*

« (...) hablar de derechos humanos no es referirse únicamente a alguna tabla de derechos reconocida por algún poder público. Hablar, convencional y materialistamente, de los derechos humanos es hacerlo de actores en lucha por transformar las condiciones de acceso a los bienes necesarios para construir una vida digna.

Los citoyens franceses a finales del siglo XVIII y por supuesto, sin derechos reconocidos jurídicamente, se levantaron contra los rescoldos del Ancien Regime y consiguieron redactar una Declaración bajo la que pretendían imponer una serie de compromisos y deberes a los poderes públicos de la época. Primero fueron las luchas y después los debates de la Convención para formular tales deberes en derechos. Es decir, los citoyens galos, los movimientos sociales que dieron lugar a la Internacional, las poblaciones húngara, polaca y checa que se enfrentaron a mitad del siglo XX a los compromisos de Yalta bajo los que se dividía el mundo en dos esferas de influencia (capitalista y comunista), las mujeres que murieron en las acciones de desobediencia civil contra su exclusión de los procesos electorales, las ciudadanas y ciudadanos negros que enarbolaban la bandera del black power en el marco racista y xenófobo de la Norteamérica profunda. Los esclavos en Haití, en Brasil, en México que lograban romper las cadenas que los ataban a los propietarios de sus personas, etc., lo que pretendían, con o sin éxito, era -a partir de sus prácticas sociales, no de derechos ya consagrados- abrir espacios de lucha que les permitiesen acceder a los bienes apropiados por una minoría dominante que, con un ojo, los miraba recelosa y los reprimía brutalmente, mientras que con el otro les hacía creer que ya tenían derechos por el mero hecho de haber nacido. Cuando se lucha únicamente por derechos -y no por el acceso a los bienes necesarios para una vida digna-, ya estamos luchando entrampados en la jaula de hierro del liberalismo individualista dominante en la concepción jurídica occidental. Es decir, estaremos luchando no por el acceso generalizado e igualitario a bienes, sino, en primer lugar, por los bienes preestablecidos por quienes tienen el poder de determinar qué bienes son básicos y cuáles no lo son; y, en segundo lugar, estaremos luchando por la forma de acceder a los bienes formulada por quienes han tenido el poder hegemonista para construir el procedimiento -de división social, sexual, étnica y territorial del hacer- que ahora se presenta, no sólo como el único medio para alcanzar los derechos, sino asimismo, como el único fin que es factible proponer en la acción social.

Si únicamente luchas por los derechos, ya estás luchando en el marco de unos fundamentos ideológicos que benefician a unos (los menos) en perjuicio de otros (los más), ya que el derecho lo que hace es positivizar jurídicamente las formas de acceso a los bienes que son funcionales a los procesos materiales que están en su base. Esto no quiere decir que la lucha jurídica sea innecesaria. Sino, al contrario, proponer que luchemos jurídicamente de otra manera: luchando por otro derecho y por otra forma de división del hacer que permita un acceso igualitario a las condiciones que dan dignidad.» (:250-251).

¿Por qué luchamos por los derechos?

"Nuestra respuesta tiene unas bases muy concretas. Abrimos procesos de derechos humanos, primero, porque necesitamos acceder a los bienes exigibles para vivir y, segundo, porque estos no caen del cielo ni van a fluir por los ríos de miel de algún paraíso terrenal. El acceso a los bienes, siempre y en todo momento, ha estado inserto

en un proceso más general que hace que unos tengan más facilidad para obtenerlos y que a otros les sea más difícil o, incluso, imposible de obtener.

Hablamos, por consiguiente, de los procesos de división social, sexual, étnica y territorial del hacer humano. Según la "posición" que ocupemos en tales marcos de división del hacer humano, así tendremos una mayor o una menor facilidad para acceder a la educación, a la vivienda, a la salud, a la expresión, al medio ambiente, etcétera. ¿Ocupan la misma posición en dichos sistemas de división del hacer humano los habitantes de Noruega que los que han nacido en Somalia? Algo ocurre para que esto no sea así.

Comenzamos a luchar por los derechos, porque tenemos que vivir, y para ello necesitamos condiciones materiales concretas que permitan acceder a los bienes necesarios para la existencia". (J. Herrera 05b: 26- 27).

4. LOS DERECHOS PARA NO SER TRATADOS EN ABSTRACTO REQUIEREN DE LA VISIÓN SOCIOECONÓMICA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DESARROLLO. LO ESTUDIADO POR AMARTYA SEN.

La "compatibilidad y congruencia en el desarrollo" formulada por Amartya Sen, centra el sentido del desarrollo en el progreso de la vida y el bienestar humano inmerso en el ejercicio de las libertades sustanciales, entendidas como capacidades fundamentales en las necesidades básicas, las oportunidades habilitadoras y la participación, también conocidas como libertades sustantivas, individuales y sociales. Esto, con los respectivos ajustes del liberalismo igualitario de la justicia, de Rawls, en "un esquema de libertades básicas equitativas y de oportunidades justas o justa participación en los bienes primarios para todos", fundadas en los dos principios "más apropiados a la idea de ciudadanos democráticos, considerados como personas libres e iguales" para "realizar los valores de la libertad y de la igualdad". Para categorizar los derechos sociales como derechos subjetivos fundamentales es indispensable e ineludible, además de resolver su validez y lo estrictamente jurídico, estudiar su factibilidad en la progresividad reglada (cf. Infra), es decir, su aplicabilidad y realización efectiva. Es con la efectividad y eficiencia como se posibilita la administración idónea de los recursos disponibles en la progresividad de las fuentes de riqueza, el modelo de desarrollo económico y las decisiones políticas del poder público vinculadas con los derechos humanos integrales.

El desarrollo humano desde el punto de vista de la realización de los derechos humanos es un aspecto central de la crítica al modelo basado en el desarrollismo económico mercantil y rentista. Correspondió a Amartya Sen avanzar el marco conceptual en forma significativa y definitoria[88], al plantear y demostrar que la *"promoción del desarrollo humano y la realización de los derechos humanos"* tienen *"una motivación común"* y que es posible la economía en perspectiva[89] de derechos humanos y desarrollo. Su teoría de derechos humanos fue planteada directamente en *Los derechos humanos y el desarrollo humano. (PNUD-Informe de Desarrollo Humano* 2000. Capítulo1.pp: 19-26); texto objeto del siguiente estudio.

La fundamentación general se puede localizar en la sección primera del Informe PNUD 00 y también en la segunda: en la delimitación institucional del aporte conceptual y sus diferencias con teorías de derechos humanos, en las que se observa una distancia im-

[88] Su importancia en término prácticos, posibilita diferenciar la "canasta de bienes" de las mismas "capacidades" del sujeto. Igualmente, la medición de la pobreza, las políticas públicas y la legitimidad de los derechos, que son distintos (Torres, Jheison. Observación de investigación).

[89] A esta perspectiva se oponen los modelos liberales de las revoluciones demo-liberales clásicas y su reformulación neoliberal, que consideran el desarrollo económico independiente de los derechos humanos, salvo en las libertades relacionadas con la producción y el mercado. También, se confronta con la teoría del socialismo clásico del Manifiesto Comunista y las tesis leninistas o las del socialismo real, en las modalidades dictatoriales del proletariado o del pueblo, dadas la limitación –al parecer insalvable- del modelo del Estado social precario –como lo previó Elías Díaz- y de un intervencionismo o bienestar asistencialista liberal.

portante en perspectiva del PdI[90]. Estas secciones se seguirán con mínimas alteraciones en su literalidad –con el fin de preservar su propio alcance y contenido completo-, pero habrá observaciones a su crítica (ordinales 3 y 4), síntesis, numeraciones, subtitulaciones, subrayados y negrillas fuera de texto.

[Sección primera. El aporte conceptual de Sen]

[Planteamiento. Acerca de la integración o convergencia del desarrollo con los derechos humanos]. El desarrollo humano[91], en la búsqueda de "enriquecer la vida y las libertades de la gente normal" refleja en común con los derechos humanos "el compromiso fundamental de promover la libertad, el bienestar y la dignidad de los individuos en todas las sociedades":

"…El desarrollo humano y los derechos humanos se aproximan suficientemente en cuanto a motivaciones y preocupaciones para ser compatibles y congruentes, y son suficientemente diferentes desde el punto de vista de su concepción y estrategia para complementarse entre sí provechosamente".

Se trata de que conceptos normativos independientes converjan en su interrelación [desarrollo<=>derecho] "juntos de manera más *integrada*", para adquirir así "una nueva dimensión al combinarlos en una concepción más amplia". La adopción de "un criterio más *integrado* puede brindar mayores recompensas y facilitar en la práctica los esfuerzos comunes por promover la dignidad, el bienestar y la libertad de los individuos en general". Los conceptos respectivos, sus aspectos comunes y sus diferencias, determinan el *nivel de compatibilidad* y de *peculiaridad de cada uno* "para hacerse aportes recíprocos sustanciales".

A las preguntas "¿Son *suficientemente armoniosos* para complementarse y no debilitarse recíprocamente? y (...) ¿Son *suficientemente diferentes* para enriquecerse mutuamente?", su respuesta es afirmativa:

La motivación común y la compatibilidad. El desarrollo humano "se centra directamente en el progreso de la vida y el bienestar humanos". Es un *desarrollo humano* "vinculado *integralmente* al fortalecimiento de determinadas capacidades relacionadas con toda la gama de cosas que una persona puede ser y hacer en su vida", y un *bienestar* que "incluye vivir con libertades sustanciales":

---

[90] Expresamente, la línea interpretativa formula su "plano crítico" en la contribución del desarrollo humano (ordinal 3) y el carácter de los deberes (ordinal 4); este, con la diferenciación entre los derechos humanos y derechos jurídicos como deberes imperfectos. Segunda parte.

[91] El criterio de desarrollo humano se refiere, en última instancia, a todas las capacidades que las personas tengan razones para valorar. El índice de desarrollo humano incorpora las capacidades más elementales, como la de vivir una vida larga y saludable, estar bien informado y disfrutar un nivel de vida digno, y los diversos índices, cuadros y análisis más minuciosos que aparecen en los Informes sobre Desarrollo Humano (…) De hecho, la longevidad es en sí misma un importante medio para llegar a otras capacidades, porque para tener la libertad de hacer muchas cosas hay que estar vivo. (:20).

"Valoramos la libertad de poder vivir como nos gustaría hacerlo, e incluso la oportunidad de poder escoger nuestra propia suerte".

a. *Las capacidades y libertades (:19-20) Las capacidades son libertades fundamentales:*

   - *de poder atender a las necesidades corporales;*
   - *de evitar la inanición y la malnutrición, o salvarse de la morbilidad prevenible o de la mortalidad prematura;*
   - *de oportunidades habilitadoras que ofrecen, por ejemplo, la educación, o la libertad y los medios económicos para trasladarse libremente y escoger el lugar de residencia.*

De libertades "sociales" de participación en:

   - *La vida de la comunidad,*
   - *El debate público,*
   - *La adopción de decisiones políticas e incluso la capacidad elemental de "presentarse en público sin sentir vergüenza" (una libertad cuya importancia fue ampliamente tratada por Adam Smith en La riqueza de las naciones).*

Los derechos humanos se fundamentan en última instancia en la importancia de las libertades para la vida humana –libertad sustantiva-individual y social- . Comparten la característica de entrañar determinada facultad de la persona a recibir ayuda de otros en defensa de sus libertades sustantivas como reivindicaciones -negativas o positivas- destinadas a garantizar las libertades de las personas:

"*... Algunos derechos toman la forma de inmunidad a la injerencia de otros; los libertarios han tendido a mostrar particular interés por esos derechos.* Otros se expresan en forma de reivindicación de la atención y la asistencia de otros para poder hacer ciertas cosas. Los defensores de la seguridad social han tendido a hacer hincapié en esos derechos. Sin embargo, por diversos que sean, *esos derechos comparten la característica de entrañar determinada facultad de la persona a recibir ayuda de otros en defensa de sus libertades sustantivas.*

El derecho a recibir ayuda puede entrañar la reivindicación de una acción positiva de apoyo y facilitación, o puede adoptar solamente la forma negativa de garantías de que los demás no pondrán trabas. Pero todas esas reivindicaciones están destinadas a garantizar las libertades de las personas de que se trate para hacer o ser de una forma u otra. De ese modo, los derechos humanos también se fundamentan en última instancia en la importancia de las libertades para la vida humana." (:20).

b. Las preocupaciones sociales, políticas y económicas*. "[El] vínculo fundamental entre el desarrollo humano y los derechos humanos, en particular la intervención*

de ambos en la garantía de las libertades fundamentales, [hace] que las personas [tengan] razones para valorar las ideas del desarrollo humano y las de los derechos humanos [como] compatibles y complementarias.

Si el desarrollo humano se centra en el fortalecimiento de las capacidades y libertades de los miembros de una comunidad, los derechos humanos representan las reivindicaciones que las personas tienen respecto de la conducta de agentes individuales o colectivos o de la estructura de mecanismos sociales para facilitar o garantizar esas capacidades y libertades."(Ibíd.:20).

Pese a la compatibilidad de ambos conceptos, su orientación y forma estratégicas supone que se refieren a tipos de libertades diferentes, unas –las civiles y políticas- sin figurar en los indicadores, y las otras referidas a intereses socioeconómicos:

"Con frecuencia, las publicaciones sobre derechos humanos *se han centrado principal o exclusivamente en las libertades políticas, los derechos civiles y las libertades democráticas, pero esos derechos no han figurado en algunos de los indicadores globales del desarrollo humano, como el índice de desarrollo humano (IDH)*, que se concentra en la longevidad, la alfabetización y *otros intereses socioeconómicos.*

(…) Los derechos políticos y civiles y las libertades democráticas también ocupan un lugar en la perspectiva del desarrollo humano, aunque resulta mucho más difícil cuantificarlos, y han resistido los intentos hechos en anteriores *Informes sobre Desarrollo Humano* de medirlos con indicadores compuestos (…) no se puede pasar por alto la importancia de las libertades políticas y democráticas. De hecho, *la libertad democrática y los derechos civiles pueden ser sumamente importantes para el fortalecimiento de la capacidad de los pobres.*

Lo pueden hacer de *manera directa*, ya que los pobres tienen poderosas razones para negarse a ser maltratados y explotados por sus empleadores y dirigentes políticos. Pero también lo pueden hacer de *manera indirecta*, ya que los que detentan el poder tienen incentivos políticos para responder a privaciones agudas cuando los que sufren las privaciones pueden usar su libertad política para protestar, criticar y manifestar oposición (…)

Así mismo, las publicaciones sobre derechos humanos tratan no sólo de las libertades políticas y civiles, sino también de los derechos a la educación, a una atención médica adecuada y a otras libertades que han sido objeto de investigación sistemática en los *Informes sobre Desarrollo Humano. De hecho, en documentos recientes, como la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo y la Declaración y Programa de Acción de Viena, se hace hincapié en que los derechos económicos, sociales y culturales son tan importantes como los derechos políticos y civiles. Por consiguiente, el contraste entre los conceptos de derechos humanos y de desarrollo humano no responde a ninguna diferencia fundamental entre sus materias respectivas". (:21).*

***En la Contribución de los derechos humanos al desarrollo humano*, la línea conceptual de desarrollo humano en relación con los derechos humanos empieza**

a tomar distancia de estos, asunto que se anuncia en el "plano crítico" de sus primeros párrafos.

En efecto, advierte que la "insistencia en la reivindicación […] contra otros nos lleva más allá de la idea de desarrollo humano" y que "el vínculo normativo entre los objetivos loables […] (lo bueno) y las razones para la acción [lo correcto] no genera el deber concreto […]" y las garantías que deben aplicarse:

« *(...) Tener un derecho concreto es tener una reivindicación [...] contra otras personas o instituciones para que ayuden o colaboren a garantizar el acceso a alguna libertad. Esa insistencia en la reivindicación contra otros nos lleva más allá de la idea de desarrollo humano. [...] (...) el vínculo normativo entre los objetivos loables y las razones para la acción no genera el deber concreto de* otras personas, colectividades o instituciones sociales de propiciar el desarrollo humano, o de garantizar el logro de algún nivel específico de desarrollo humano o de sus componentes […]

No obstante, alcanza a advertir que *"En este plano el criterio de derechos humanos puede aportar una perspectiva nueva y valiosa al análisis del desarrollo humano. Vincula el criterio de desarrollo humano a la idea de que otros tienen el deber de facilitar y fortalecer el desarrollo humano".* Aportando que *"...El primer paso es reconocer que las evaluaciones del desarrollo humano, si se combinan con una perspectiva de derechos humanos, pueden indicar los deberes de otros en la sociedad para fomentar el desarrollo humano de una manera u otra. Además, al invocar los deberes surge una serie de preocupaciones conexas, como la rendición de cuentas, la culpabilidad y la responsabilidad. (:21)*

(…) en la medida en que haya personas que innecesariamente carezcan de acceso a esa educación [el derecho ejemplo de análisis cfr.], debe haber alguna culpabilidad dentro del sistema social. *Este interés especial en determinar quién ha de rendir cuentas por las deficiencias dentro de un sistema social puede ser un poderoso mecanismo para buscar una solución.*

Y da una clave para superar los mínimos de las reivindicaciones: "No cabe duda de que amplía la perspectiva más allá de las *reivindicaciones mínimas* del desarrollo humano, y puede ser beneficioso para el análisis del desarrollo humano. *Con una perspectiva más amplia se centra la atención en las medidas, estrategias y otras iniciativas que emprenden aquellos que tienen el deber de contribuir a la realización de determinados derechos humanos y a la promoción del desarrollo humano correspondiente.* También conduce al análisis de las responsabilidades de diferentes protagonistas e instituciones cuando no se realizan los derechos.»

Algunas consideraciones

Al respecto de lo resaltado con: "[…], es preciso hacer la observación de que los deberes y responsabilidades del desarrollo en materia de derechos humanos no

deben considerarse como meras reivindicaciones y aportes sujetos a discrecionalidad. Por el contrario, deben definirse y reglarse como derechos con sus correspondientes exigibilidades e incluso, con mayor rigor y seriedad que los que se aplican en el sector privado de la economía en sus propios negocios y contrataciones estratégicas, las cuales regla y llena de garantías, administración eficiente, procedimientos e interventoria efectiva y favorabilidades de hacienda por el mismo Estado; para que la protección y garantía del capital y su interés económico prevalente resulten bien librados, incluso mercantilizando los derechos fundamentales-. Por otra parte en cuanto a la regulación fuerte del Estado muestra su viabilidad a través del control en el *Estado de cosas inconstitucional*[92]*,* como es el caso de la tragedia

[92] **Estado de cosas inconstitucional. (ECI)** La Corte Constitucional en el ordinal 7 de la sentencia declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional "Cuando se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales, que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden estructural, ", ordenando "remedios que cobijen no sólo a quienes acuden a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos, sino también otras personas colocadas en la misma situación, pero que no han ejercido la acción de tutela".

Su doctrina considera que se está ante un estado de cosas inconstitucional, cuando:

(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales." Destacando como factores:

(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

Teniendo en cuenta estos elementos, la Corte ha declarado la existencia de varios estados de cosas inconstitucionales. A continuación se alude a algunas de esas sentencias tanto para ilustrar los alcances de este concepto como para mostrar que dicho estado ha sido declarado ante situaciones de vulneración repetida de derechos que eran menos graves que la constatada por esta Sala respecto del desplazamiento interno y que abarcaban a un número menor de personas.

En las ocasiones que se ha declarado:

…La primera vez, lo hizo ante la omisión de dos municipios en afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pesar de que se les hacían los descuentos para pensiones y prestaciones sociales previstas en la ley. Con posterioridad a esta sentencia, la Corte ha declarado un estado de cosas inconstitucional en seis ocasiones más: 1) por la situación de violación continua de los derechos de sindicados y procesados detenidos en las distintas cárceles del país; 2) debido a la falta de un sistema de seguridad social en salud para los sindicados y reclusos; 3) por la mora habitual en el pago de mesadas pensionales, durante un período prolongado de tiempo, en los departamentos del Bolívar y 4) de Chocó; 5) por omisiones en la protección de la vida de defensores de derechos humanos y 6) por la omisión en la convocatoria de un concurso de méritos para el nombramiento de notarios. Cfr. Estado de cosas inconstitucional. En: http://www.corteconstitucional.gov.co/:57 Registros Encontrados

humanitaria de los desplazados en Colombia (cfr. T-025/04)[93], los *informes de seguimiento y evaluación de cumplimento a las órdenes de la Sentencia* (cfr. Defensoría del Pueblo 07)[94] y de la *Comisión de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado*[95], así como en la definición de derechos como derechos fundamentales, como ocurre con la salud, y en controles de constitucionalidad de normativas lesivas de los derechos humanos en su integralidad, y no obstante la limitación del ámbito jurídico cuando no cuenta con el concurso efectivo de los factores materiales que resolutorios.

Esto, por demás, sería concordante con la manifestación de *(...) preocupación por los deberes [de] realzar la manera de evaluar el carácter y las exigencias del progreso. Como el proceso del desarrollo humano suele entrañar una gran lucha, la potenciación que implican los términos empleados en las reivindicaciones de derechos puede revestir una enorme importancia práctica.*

«*(...) Los derechos humanos se realizan no sólo cuando las personas disfrutan de determinados bienes y libertades, sino también cuando se han adoptado medidas para garantizar esos bienes y libertades. Por consiguiente, el análisis de los derechos humanos entraña una evaluación de la existencia de instituciones y normas sociales que protejan los logros en materia de desarrollo humano dentro de una sociedad.*

Los adelantos en materia de desarrollo humano no siempre vienen acompañados de progresos en la realización de los derechos humanos y, por consiguiente, es posible que un análisis que se limite exclusivamente al desarrollo humano no refleje la vulnerabilidad de personas y grupos dentro de una sociedad. La crisis financiera del Asia oriental es un ejemplo palpable de cómo sociedades que marchaban muy bien según los indicadores compuestos del desarrollo humano dependían en exceso de un mercado pujante. La inestabilidad del mercado y la ausencia de disposiciones de seguridad social apropiadas pusieron al descubierto la inseguridad de esos logros en materia de desarrollo humano».

"La evaluación de los derechos humanos implica una reorientación de la constatación fáctica que puede ampliar y enriquecer el análisis del desarrollo humano. *La evaluación de la realización de los derechos humanos se centraría,* por ejemplo, no sólo en los progresos registrados hasta entonces, sino también *en la medida en que esos logros están protegidos socialmente contra posibles amenazas.* En consecuencia, la profunda

---

[93] La Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento CODHES, ha observado que no obstante que "La Corte Constitucional ha asumido a fondo y en serio el tema de los derechos de la población desplazada en medio del conflicto armado en Colombia" (Codhes informa 5.02.08 : http://www.codhes.org), sigue siendo alarmante la situación del desplazamiento, dado que este, además de estar causado por la guerra es motivado especialmente por intereses económicos sobre la tierra, como lo constatan los diversos informes sobre su situación.

[94] Defensoría del Pueblo 2007. *Compendio normativo y Jurisprudencial de Atención al desplazamiento Forzado.* Tomo III Informes: Informes de seguimiento y evaluación de cumplimento a las órdenes de la Sentencia T-025 de 2004.

[95] Comisión de seguimiento de seguimiento a la política pública sobre desplazamientoforzado.En:http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=39&Itemid=52

preocupación que se expresa en las publicaciones sobre derechos humanos respecto de los deberes que tienen otros de ayudar a cada ser humano a llevar una vida mejor y más libre se relaciona en forma estrecha con el análisis de los medios y arbitrios para promover el desarrollo humano". (Ibid).

Delimitación institucional del aporte de Amartya Sen.

Contribución del desarrollo humano a los derechos humanos. Es en esta segunda sección donde se evidencia en conjunto un retroceso del avance conceptual y particularmente algunas distancias con la teoría de los derechos humanos, a la que le presenta peros. Explicita su crítica cuando se trata de *"dar un carácter concreto al análisis de los derechos humanos",* en el que (he aquí el "pero") el desarrollo humano va "más allá de la aclaración y la presentación".

«…diferentes tipos de investigación, usados con discernimiento, pueden ayudar a dar un carácter concreto al análisis de los derechos humanos. Ello puede ser importante, *pero* el desarrollo humano también puede ofrecer otras ventajas a los derechos humanos que van más allá de la aclaración y la presentación.

… para promover la realización de un derecho suele ser necesario evaluar la manera en que las diferentes opciones de política afectarán las perspectivas de realización de ese derecho. Para evaluar los efectos de distintas políticas en los derechos humanos será necesario analizar los resultados probables de la política en lo que respecta al adelanto humano y lograr un equilibrio entre las distintas dimensiones del adelanto humano que se procuran, aunque tal vez no todo se pueda lograr al mismo tiempo.

Cabe considerar que esa actividad de evaluación del adelanto es semejante al análisis del desarrollo humano. *Por ejemplo, el gobierno de un país no próspero tal vez considere que le es imposible garantizar la realización de todos los derechos humanos reconocidos, incluidos los derechos sociales y económicos.*

...Los defensores de los derechos humanos han sostenido con frecuencia la indivisibilidad y la importancia de todos los derechos humanos. Esa afirmación tiene sentido si se interpreta como una negación de que exista una jerarquía de diferentes tipos de derechos (económicos, civiles, culturales, políticos y sociales), ***pero*** *no se puede negar que la escasez de recursos y las limitaciones institucionales suelen exigir que se conceda prioridad a la preocupación por garantizar distintos derechos por razones de opción política».*

Igualdad en la interpretación, pero prioridad asimétrica en su garantía y aplicación discrecional de la progresividad: dadas la escasez y limitaciones que los defensores de derechos humanos, al parecer, no consideraran[96]-.

[96] Cfr. Principio de la reserva de lo posible (Gomes Canothilo).

«(…) su realización depende de que existan las condiciones sociales apropiadas. El objetivo del desarrollo humano es crear un entorno propicio que permita realzar la capacidad personal y ampliar las opciones[97]. Al poner atención a ese proceso de desarrollo humano, el análisis de los derechos humanos puede hacer una evaluación más completa de lo factible, habida cuenta de las limitaciones institucionales y de recursos imperantes en una sociedad, y una visión más clara de los medios y *arbitrios necesarios* para hacer viable un conjunto de opciones de política más interesantes.

Mientras las publicaciones sobre los derechos humanos se han preocupado por el análisis de los deberes, las relativas al desarrollo humano han destacado la importancia de la complementariedad institucional y las limitaciones de recursos, así como la necesidad de adoptar medidas públicas para abordarlas (…) aportan al debate y al análisis de los derechos humanos otra interpretación de las políticas que mejor promoverán los derechos humanos en un mundo inevitablemente pluralista desde el punto de vista de las influencias causales y los efectos recíprocos. (:24)

…la concepción del desarrollo humano entraña cambio y, en ese sentido, tiene un dinamismo ineludible que quizás esté ausente en la especificación de determinado conjunto de derechos humanos. (…).Cuando un país es muy pobre tal vez no pueda lograr la realización de todos los derechos que se consideran importantes. Pero ello no justifica que se conceda prioridad a los derechos económicos respecto de los civiles y políticos. Los derechos económicos no pesan más que los derechos civiles y políticos, sino que complementan su importancia. Sin embargo […] independientemente del tipo de derecho de que se trate, pueden incorporarse diversos niveles de libertades decisivas en diferentes formulaciones de cada derecho. Por ejemplo, dentro del derecho a la salud debe considerarse que la libertad de recibir atención primaria o estándar prima sobre la libertad de recibir un tratamiento quirúrgico costoso. […]. Un país pobre debe insistir en garantizar la primera, y quizás tenga que esperar a ser más rico para garantizar la segunda. […].

En ese sentido, puede [no debe] producirse una progresión (de hecho, un "desarrollo") de los derechos humanos que reciban prioridad, aun cuando todos esos derechos tienen valor e importancia en definitiva. Al agregar una perspectiva de cambio y progreso al razonamiento conceptual y práctico acerca de los derechos humanos (…) lo que se hace más evidente en el reconocimiento de que la realización de algunos derechos ha de ser gradual […]. El análisis del desarrollo humano puede dar más solidez y concreción a esa idea.» (Ibíb.: 24).

[97] En la línea del Desarrollo Humano y los compromisos –no reglados ni estrictamente obligatorios- que han asumido los Estados, los objetivos de desarrollo del milenio son una de las formas concretas de aplicación de la teoría de Sen: "Elimina el vaciamiento de los derechos y los transforma en lenguaje concreto de políticas públicas" (J. Torres).

Estos asuntos, más lo anteriormente observado, si bien se refieren a la realidad material u orden de lo fáctico y al reconocimiento formal de los derechos y titulares, no aclaran el tema de la disponibilidad de privilegios o derechos patrimoniales frente a la prevalencia, indisponibilidad e inajenabilidad de los derechos fundamentales, que limitan la voluntad discrecional de la política y obligan al administrador social, tanto en lo público como en lo privado, a establecer límites a las ganancias con prioridades de acción y planeación para la atención de los derechos iguales según las pautas y directrices jurídicas de los derechos humanos fundamentales, que nos reenvían al tema crucial de la progresividad y su progresión reglada según el bloque de constitucionalidad, en principio, planteado por las Observaciones del Comité de los DESC de la ONU[98] y del cual tenemos varios ejemplos, entre ellos el que se destaca con especial singularidad en la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional colombiana y lo observado en el curso de este estudio.

Lo anterior, por el contrario, es desconocido por Sen cuando se pregunta sobre el *carácter de los deberes asociados a los derechos humanos:* ¿Qué carácter han de tener los deberes asociados a los derechos humanos? ¿A quiénes corresponden esos deberes? ¿Con qué nivel de obligatoriedad? En muchas publicaciones acerca de los derechos, orientadas bastante rígidamente hacia el aspecto jurídico, se da por sentado que los derechos carecen de sentido a menos que se combinen con deberes exactos impuestos –sin falta– a personas o agentes determinados que han de velar por la realización de esos derechos. (:24)

Su respuesta evidencia el reparo a las características centrales de la norma jurídica relacionadas con la titularidad del sujeto responsable y la realización del derecho; para lo cual, y en consecuencia, tratará a los derechos humanos en el plano de meros derechos morales no jurídicos, con "obligación imperfecta" que reafirma su condición de norma moral declarativa "sin realizar" o cumplir, y de "llamamiento", "aliento" o ayuda para su promoción. *(cfr.: DERECHOS JURÍDICOS Y DERECHOS HUMANOS. DERECHOS HUMANOS Y DEBERES IMPERFECTOS*.pp.25-26). Delimitación institucional con la que concluye el aporte conceptual que se convertiría en una especie de punto de quiebre hacia atrás, o de regresión normativa de estos derechos, sobre todo cuando estos mismos están informados por *principios de justicia material,* que, como lo advierte Zagrebelsky 07, corresponden al *segundo rango característico del constitucionalismo de nuestro tiempo,* el cual "consiste en la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico", con "incidencia jurídica práctica" (:93 y ss)en la que el Estado recupera sus competencias políticas en la economía (Ibíd.: 99 y ss.).

[98] http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/,http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/publications/CESCR-Compilacion(1989-2004).pdf

Rawls, en réplica expresa a Sen, desde el liberalismo político plantea un grado mínimo esencial de capacidades.[99]

En efecto, al Sen advertir de las capacidades -morales, intelectuales y físicas- de las personas, encuentra muchas variaciones importantes: "a veces de tal magnitud, que resulta muy difícil asegurar para todos el mismo *índice de bienes primarios*[100] para satisfacer sus necesidades de ciudadanos -y por tanto se desiste de intentarlo-". Particularmente, por " la importancia que tienen entre la gente las variaciones en sus capacidades básicas y, por tanto, en su capacidad para utilizar los bienes primarios para lograr sus metas", capacidades básicas que se "refieren a las libertades en conjunto para elegir entre combinaciones de funcionamientos (estrictamente, un número de funcionamientos elevado a la n potencia), y [que] constituyen la base de su punto de vista sobre las diversas formas de la libertad, de la libertad del bienestar y de los agentes de la libertad".

Rawls le replica que:

"... aunque los ciudadanos no tienen iguales capacidades, sí poseen, por lo menos en grado mínimo esencial, las capacidades morales, intelectuales y físicas que les permiten ser integrantes plenamente cooperadores de la sociedad en toda una vida". Pero concuerda con Sen "en que las capacidades básicas son de primordial importancia y en que la utilización de los bienes primarios siempre tiene que valorarse a la luz de suposiciones acerca de esas capacidades" (:179), y distingue las siguientes cuatro clases de variaciones:

«… Distingamos cuatro clases principales de variaciones, y luego preguntemos si una de estas variaciones coloca a la persona por encima o por debajo de línea de lo mínimo esencial, es decir, si deja a las personas con más o con menos de las capacidades esenciales mínimas que necesitan para ser integrantes cooperadoras normales de la sociedad. Las cuatro clases principales de variaciones son:

a) variaciones en las capacidades y habilidades morales e intelectuales;

b) variaciones en las capacidades y habilidades físicas, incluidos los efectos de las enfermedades y de los accidentes sobre las habilidades o aptitudes naturales;

---

[99] Y a Arrow, este en la atención médica y los gustos y preferencias de las personas.

[100] Los bienes primarios en RAWLS son como "cosas que necesitan los ciudadanos en tanto que personas libres e iguales" cuyas exigencias se consideran apropiadas. La lista básica -y abierta si fuese necesario- de los bienes primarios tiene cinco encabezados -en la que están incluidos los ingresos con la riqueza-:

los derechos y libertades básicas, que también se dan en una lista aparte;

a) la libertad de desplazamiento y la libre elección de ocupación en un marco de diversas oportunidades;

b) los poderes y las prerrogativas de los puestos y cargos de responsabilidad en las instituciones políticas y económicas de la estructura básica;

c) ingresos y riqueza, y por último,

d) las bases sociales de respeto a sí mismo. (:177)

c) variaciones en las concepciones que tienen del bien los ciudadanos (el hecho del pluralismo razonable); así como

d) variaciones en los gustos y en las preferencias, aun- que estas últimas son de menor profundidad.

Dada nuestra suposición en esto de que todo el mundo tiene la capacidad de ser un miembro normal cooperador de la sociedad, decimos que, cuando los principios de la justicia (con su índice de bienes primarios) están satisfechos, ninguna de estas variaciones entre los ciudadanos son injustas, ni suscitan injusticias. Ciertamente, es ésta una de las principales aseveraciones de la justicia como imparcialidad. Para ver bien esto, veamos caso por caso.

En el caso a), las únicas variaciones de capacidades en lo moral, en lo intelectual y en lo físico están por encima de la línea de lo mínimo esencial (…) variaciones [que] se manejan mediante las prácticas sociales de considerar aptas a las personas, o calificadas como aptas, para los puestos y para la libre competición en el entorno de las justas oportunidades, incluyendo la equidad de oportunidades en educación, junto con la regulación de las desigualdades en ingresos y en riqueza material mediante el *principio de diferencia.*[101]

En el caso b) las variaciones que sitúan a algunos ciudadanos por debajo de la línea de lo esencial como resultado de la enfermedad o de algún accidente (en cuanto las tomamos en cuenta) pueden tratarse, en mi opinión, en la etapa legislativa, cuando se conocen la prevalencia y las clases de estos infortunios, y pueden cuantificarse los costos de sus tratamientos y remedios y balancearse estos gastos junto con las erogaciones totales del gobierno. El objetivo es restaurar la salud de la gente mediante la atención médica apropiada, de manera que estas personas vuelvan a ser miembros plenamente cooperadores de la sociedad.

En cuanto al caso c), las variaciones en las concepciones del bien la "justicia en tanto que imparcialidad es justa con las concepciones del bien, o más bien con las personas que tienen estas concepciones del bien, aunque algunas concepciones se consideren no permisibles y aunque no todas las concepciones de esta clase tengan la misma oportunidad de prosperar.

Por último, en lo concerniente al caso d), las variaciones en preferencias y gustos se consideran asunto de la responsabilidad de cada cual (…) asumir la responsabilidad de nuestros fines forma parte de lo que los ciudadanos libres pueden esperar unos de otros… ["No decimos que por haberse originado nuestras preferencias, a causa de

[101] **El principio de diferencia es el criterio apropiado para regular las desigualdades sociales y económicas:** "…las consideraciones intuitivas [que] indican porque el principio de diferencia es el criterio apropiado para regular las desigualdades sociales y económicas" y los asuntos para entender bien este principio, entre ellos que "las desigualdades (permisibles) deben hacer cierta contribución funcional a las expectativas de los menos desfavorecidos, donde esta contribución resulta del funcionamiento del sistema de títulos de propiedad fijado en las instituciones públicas"(:265), que nos remitiría a la fundamentación respectiva del liberalismo social en la revolución francesa (cfr. infra II,1). Cfr. pp. 264-266.

nuestra crianza, y no por elección, la sociedad nos debe alguna compensación. Más bien hemos de considerar que es parte normal de nuestra condición humana adaptarnos o superar las preferencias que nos ha impuesto nuestra crianza "(Aparte de nota al pie, del autor]."

… Así pues, una vez que hemos distinguido las cuatro clases principales de variaciones entre personas *cuando éstas están por encima o por debajo de la línea de lo esencial, la explicación de los bienes primarios parece adecuarse a todos los casos, excepto, posiblemente, para el caso b,* que abarca instancias de enfermedades y accidentes que sitúan a los ciudadanos por debajo de esa línea. En este caso, Sen plantea con fuerza la pregunta de si un índice de los bienes primarios puede ser suficientemente flexible para que resulte justo o equitativo. (…)" para lo cual manifiesta que "aprovechando la información disponible en la etapa legislativa, puede diseñarse un índice suficientemente flexible para que nos dé juicios de valor tan justos o equitativos como los de cualquier concepción política que podamos aplicar. (…) cualquier índice tomará en cuenta las capacidades básicas, y su objetivo consistirá en restaurar a los ciudadanos a su papel de miembros normales y cooperadores de la sociedad.»" (:180-182).

Este planteamiento lo complementa Rawls en Liberalismo político[102] -texto de apoyo de la anterior referencia- desde su concepción del liberalismo igualitario de la justicia, en *un esquema de libertades básicas equitativas y de oportunidades justas o justa participación en los bienes primarios para todos* (:183, 185), fundadas en los dos principios "más apropiados a la idea de ciudadanos democráticos considerados como personas libres e iguales" para "realizar los valores de la libertad y de la igualdad", a saber:

a. Cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básicas e igualitarias completamente apropiado, esquema que sea compatible con el mismo esquema para todos; y en este esquema, las libertades políticas iguales, y sólo esas libertades, tienen que ser garantizadas en su valor justo.

b. Las desigualdades sociales y económicas sólo se justifican por dos condiciones: en primer lugar, estarán relacionadas con puestos y cargos abiertos a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades; *en segundo lugar, estas posiciones y estos cargos deberán ejercerse en el máximo beneficio de los integrantes de la sociedad menos privilegiados.*

De lo cual, infiere: «…En especial, *el primer principio que abarca los derechos y libertades iguales para todos, **bien puede ir precedido** de un principio que anteceda a*

[102] **Los alcances de su Teoría de la Justicia.** El propio Rawls precisó importantes diferencias sobre "la idea poco realista de una sociedad bien ordenada (…) relacionada con la justicia como imparcialidad" (:11), dado que una sociedad democrática y el liberalismo político se caracteriza por "una pluralidad de doctrina compresivas razonables, aunque incompatibles entre sí", que "no rechaza los principios esenciales de un régimen democrático" (:12); y en la que expresamente agradece a Dworkin y Nagel, entre otros. Rawls es uno de los principales exponentes contemporáneos del liberalismo político.

su formulación, el cual exija que las necesidades básicas de los ciudadanos sean satisfechas, cuando menos en la medida en que su satisfacción es necesaria para que los ciudadanos entiendan y puedan ejercer fructíferamente esos derechos y esas libertades. Ciertamente, tal **principio precedente** debe adoptarse al aplicar el primer principio".

Afirmación a la que da el siguiente alcance en la nota 7 (al remitir a Rodney Peffer en Marxism, Morality, and Social Justice (Princenton University Press;1989), en acuerdo expreso con Peffer y previa excepción, coherente con su liberalismo, de "requerir de una forma socialista de la organización económica":

La dificultad en esto no estriba en el socialismo como tal; pero yo no incluiría la necesidad de que intervenga en los primeros principios de la justicia política. Considero estos principios (como lo hice en mi Teoría de la justicia) como preconizadores de valores fundamentales en cuyos términos, según la tradición y las circunstancias de la sociedad de que se trate, podemos reflexionar en si se justifica la intervención del socialismo en alguna de sus formas»(:32-33).[103]

Finalmente, en cuanto a la ampliación de las categorías conceptuales de Sen, estas las podemos observar en Herreño, 2008.[104]

---

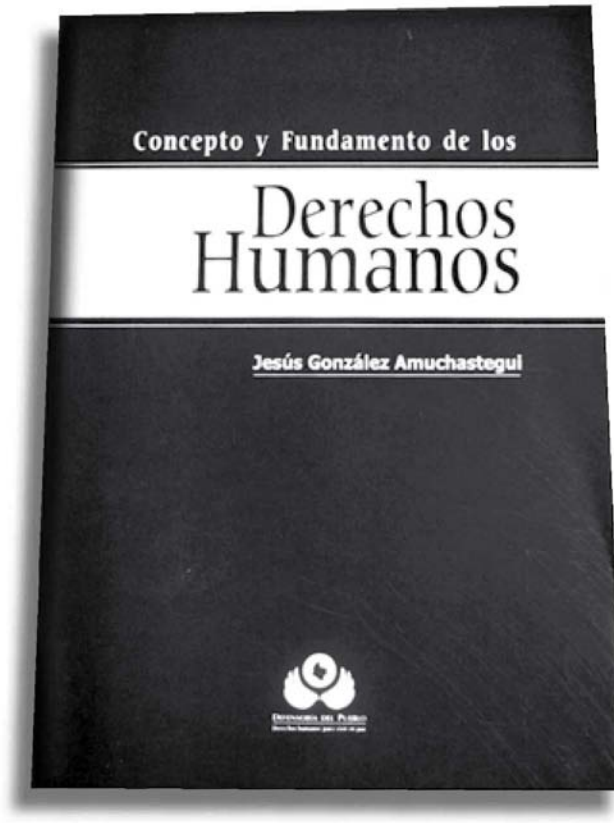
[103] *Los principios.* Dando alcance sucinto a su significado y aplicación, los considera como reguladores de las instituciones "en cuanto a los derechos, libertades y oportunidades básicos" y de las exigencias de igualdad. Que, conjuntamente con la prioridad atribuida al primero sobre el segundo, regulan las instituciones básicas que aplican en la realidad estos valores, y que en cuanto al principio b en su segundo lugar (cfr.), este "asegura la validez de estas garantías institucionales".

Los principios son "ejemplos del contenido de una concepción política liberal de la justicia", que "dan tres características principales:

- "primera, la especificación de ciertos derechos, libertades y oportunidades básicos (de la índole que se conoce en los regímenes democráticos constitucionales);
- segunda, la asignación de especial prioridad a esos derechos, libertades y oportunidades, especialmente en cuanto a las exigencias del bien general y de los valores perfeccionistas ;y
- tercera, medidas que aseguren a todos los ciudadanos todos los medios apropiados para hacer el uso eficaz de sus libertades y oportunidades".(:31-32) Elementos que plantean muchas variantes de liberalismo, y principios que a su vez expresan:"una forma igualitaria de liberalismo, en virtud de tres elementos, que son:
  a) la garantía del valor justo de las libertades políticas, de tal manera que éstas no son meramente formales;
  b) una justa (y tampoco puramente formal) igualdad de oportunidades, y por último,
  c) el llamado "principio de diferencia", que prescribe que las desigualdades sociales y económicas inherentes a los cargos y puestos tendrán que ajustarse de manera que, cualquiera que sea el grado de tales desigualdades, sea grande o pequeño, habrán de redundar en el mayor beneficio de los integrantes menos privilegiados de la sociedad"

Principio de diferencia del que, entre otros, aclara: "Lo que exige este principio es que, independientemente de la magnitud de las desigualdades, y por muy dispuestas que estén las personas a ganar más por su trabajo, las desigualdades existentes deben ajustarse de manera que contribuyan del modo más eficaz al beneficio de los menos aventajados"-. Elementos que considera siguen vigentes, así como "válida la base del argumento para estos elementos"(:32).

[104] Ver en Herreño 08. Amartya Sen y sus categorías.



Portada del texto legado a la Defensoría del Pueblo por Jesús González Amuchastegui. In Memoriam

5. ¿LA INTEGRALIDAD ES UNA ESPECIE DE FUNDAMENTACIÓN ÉTICO-JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS?

a. Los principios determinadores y el concepto de derechos humanos del Estado social de derechos humanos del socialismo liberal de Jesús González Amuchastegui.

El profesor Jesús González Amuchastegui (…-2008), en su concepto de derechos humanos en el Estado social[105] del socialismo liberal, observó que todas *las teorías de los derechos humanos*[106] que incluyen los derechos de libertad, de seguridad y de participación política, para su realización efectiva deben incluir los derechos de solidaridad:

[105] El estado social en el Estado demoliberal-conservador, es un concepto clave de fundamentación que posibilita, entre otros, diferenciar el Estado social, en el liberalismo social conservador o social democratico, del socialismo liberal.

[106] Las teorías de los derechos humanos. Son concebidas como "teorías de la justicia basadas en derechos, pues han hecho de los derechos de los seres humanos el elemento esencial de su propuesta ideal de organización jurídico-política".

A los principios de "la autonomía como determinador de los derechos de libertad; los de la dignidad e inviolabilidad, de los que se deduce la seguridad -incluidos los derechos de la personalidad-; y del principio de ciudadanía, la participación política (…) se les debe vincular, con carácter de necesario y justificado, los derechos de solidaridad o de bienestar social y ambiental –los cuales, son *deberes y objetivos de carácter colectivo* e interés común que justifican los derechos de las personas y los hacen necesarios o requeridos para la realización real y efectiva de los derechos personales" (Ibíb. 530 y ss).

Consideramos que este concepto de derechos en el Estado social del socialismo liberal constituye uno de los pilares del PdI, por cuanto está formulado en la vincularidad de la autonomía con los bienes colectivos valiosos y necesarios para la vigencia de los derechos. Su desarrollo se plantea como: a. Bienes y criterios de orientación política; b. Considerados en la vincularidad de la autonomía individual y las necesidades básicas; c. Igualdad en el disfrute de la autonomía; y d. Solidaridad; con un desagregado especial en el Estado de bienestar y una reformulación determinante de la teoría del daño.

La tesis de que los *"bienes colectivos- son valiosos porque constituyen condiciones necesarias para la vigencia de los derechos humanos",* es planteada en los siguientes términos:

"La aceptación del concepto de derecho en sentido subjetivo propuesto por las teorías del interés, la asunción de la propuesta de Sen de concebir los derechos humanos como un goal rights system, y la vinculación entre autonomía y determinados bienes, nos conducen a plantear, en definitiva, la estrecha vinculación existente entre los derechos humanos y determinados objetivos y metas de carácter colectivo, y en concreto, a asumir, como sugiere Sen, que determinados estados de cosas -a los que podemos llamar ***bienes colectivos- son valiosos porque constituyen condiciones necesarias para la vigencia de los derechos humanos"****.(:521-522).*

El concepto de derechos humanos en el Estado social del socialismo liberal, lo plantea con los siguientes elementos:

a. ***Los derechos como bienes y como criterios de orientación política*** (:518-522). A partir de la consideración de que "El objetivo de las teorías de los derechos humanos es garantizar a todos los individuos los bienes básicos implícitos en la consideración de la autonomía como un bien", bienes que "no se reducen a la creación de espacios de soberanía individual", propone el papel de los derechos en el marco jurídico-político con apoyo en Sen, quien –a su juicio- aportó *"un elemento diferenciador entre las concepciones socialistas y conservadoras, al proponer elaborar lo que él ha llamado un "goal rights system"* ["sistema de derecho objetivo"]", como *"'un sistema moral en el que la satisfacción y la no realización de los derechos humanos están incluidos en la evaluación de los diferentes Estados, y entonces tomados en consideración a la hora de elegir las acciones a través de nexos consecuencialistas'".*[(862) "Rights and Agency", obra citada, p. 15].

Reivindicado el análisis consecuencialista en el orden moral y la necesidad de incorporar tales consideraciones -consecuencialistas- en el marco de las teorías de los derechos, precisa el carácter inadecuado de las teorías del utilitarismo –como consecuencialismo de bienestar – y las tradicionales o deontológicas, dado que:

"…tanto el utilitarismo [al que denomina «welfarist consequentialism» o consecuencialismo de bienestar] como las teorías tradicionales de los derechos [a las que denomina «constraint-based deontologies» o <<limitación basada en deontologías>>] se han demostrado inadecuados a la hora de resolver algunos casos complejos presentes en los problemas morales reales (...) ambos planteamientos coinciden -aunque por razones diferentes- en rechazar que los derechos de los individuos deban ser tomados en consideración a la hora de evaluar los diferentes estados, y puedan ser usados para el análisis consecuencialista de las acciones (...)".

La "integración de los derechos en un marco consecuencialista debe ser considerada a la hora de proponer una concepción socialista de los derechos humanos, pues, ***al hacer de los derechos no sólo un límite a las políticas públicas, sino además un criterio orientador de las mismas,*** *enriquece sustancialmente el modelo deontológico clásico(...) si optamos por la teoría del interés*[107] *-opción característica de las concepciones socialistas- debemos asumir como objetivo de las teorías de los derechos humanos la elaboración del goal rights system propuesto por Amartya Sen".(:520-521).*

Respecto de la vincularidad compatible de la autonomía y determinados bienes -e incluso la prevalencia de estos últimos en casos necesarios- entre los derechos humanos y determinados objetivos y metas de carácter colectivo, señala que estas *"constituyen condiciones necesarias para la vigencia de los derechos humanos":*

"….no tiene por qué resultar conflictiva, pues sabemos que, aunque hemos sostenido que las teorías de los derechos humanos son teorías basadas en derechos (hacen de los derechos de las personas el elemento nuclear de su modelo ideal de ordenación de la sociedad), ello es compatible con el reconocimiento como elementos de las mismas de los deberes de las personas y de los objetivos y metas de carácter colectivo.

El problema surge desde el momento en el que dichos bienes colectivos entren en conflicto con determinados derechos individuales"; sugiriendo que *"es legítimo en ocasiones hacer primar la consecución de determinados bienes colectivos sobre derechos individuales concretos (no sobre cualquiera), siempre, por supuesto, que esos bienes colectivos sean condición necesaria para el disfrute de derechos humanos";* *idea de la que cree "debe estar presente en una concepción socialista liberal de los derechos" (:522).*

[107] La teoría del interés sostiene que "las exigencias de la autonomía engloban además de algunas libertades, el disfrute de otros bienes (educación, salud…) que no son libertades y cuya garantía por tanto, exige algo más que la no interferencia estatal" (:519), a diferencia de la teoría de la voluntad que se reduce "a reconocer a los individuos espacios de libertad, ajenos a la interferencia estatal, en los que la voluntad es soberana" (Ibíd.).

Un elemento definitorio del modelo del Estado social en el socialismo liberal es la prescripción de que la igualdad establece la exigencia de requerir *"igualar a todos los seres humanos en sus capacidades para ser autónomos, en sus posibilidades reales de llegar a ser dueños de su destino, de diseñar y poner en práctica su plan de vida; y ello obliga a los poderes públicos a adoptar un conjunto de políticas de igualdad":*

Se "....asume la exigencia planteada por todas las teorías de los derechos humanos de tratar a todos los seres humanos como iguales [lo cual] no se satisface simplemente proclamando la igualdad ante la ley, la no discriminación o iguales libertades; dicha exigencia requiere igualar a todos los seres humanos en sus capacidades para ser autónomos, en sus posibilidades reales de llegar a ser dueños de su destino, de diseñar y poner en práctica su plan de vida; y ello obliga a los poderes públicos a adoptar un conjunto de políticas de igualdad que, entre otras medidas, incluye el reconocimiento universal de los derechos de bienestar (salud, vivienda, trabajo, alimento y educación)".(:529).

En el ordinal sobre la autonomía individual, las necesidades básicas y los derechos humanos (:522-525) se replantea la teoría del daño, dado que este existe tanto por acción como por omisión. Su reformulación fija "nuevos límites u horizontes al papel de los poderes públicos", que deben garantizar la satisfacción de las necesidades básicas en cuanto que estas son necesarias *"para preservar y expandir la autonomía, son fundamentales para sobrevivir con dignidad y poder hacer uso de la libertad", satisfacción que se rige por el «principio de precedencia o prioridad de las necesidades».*

Los siguientes extractos, con sus subrayados respectivos, sirven de ilustración:

«**… La vinculación entre autonomía y derechos de bienestar es una de las notas características de las concepciones socialistas de los derechos humanos (…)**

Es necesario, por un lado, replantearse la noción de daño *implícita en la concepción liberal conservadora del principio de autonomía,* ***y por otro, justificar que la satisfacción de las necesidades básicas es una condición requerida por el principio de autonomía.*** *(523)*

*...**En primer lugar,** debemos cuestionar la nota característica de la concepción liberal conservadora del principio de autonomía, la noción restrictiva de daño que lo identifica con el resultado de una acción positiva, y que implica que la violación de la autonomía sólo podrá producirse por acción y no por omisión.*

...dañar no tiene por qué entenderse únicamente como sinónimo de empeorar una situación o transformar una situación positiva en una negativa, sino que también puede significar no evitar que un mal se produzca o permitir que continúe. Si estoy en lo cierto, cabría entonces violar la autonomía individual tanto por acción -impidiendo activamente a una persona, por ejemplo, practicar la religión elegida- como por omisión -por ejemplo, no proporcionando la medicación requerida a una persona deprimida-.

En consecuencia, si el objetivo de las éticas liberales es garantizar la autonomía de los individuos, debemos evitar -y eventualmente sancionar- tanto las interferencias activas con la misma prohibiciones de practicar determinadas religiones, sanciones de determinadas conductas sexuales... - como determinadas interferencias pasivas -no dar la medicación necesaria a un enfermo, no prestar auxilio a un herido, mantener en la ignorancia al iletrado... -.

En este sentido, no habría ningún obstáculo teórico en considerar que la conducta consistente, por ejemplo, en no contribuir a satisfacer una necesidad básica de una persona es la causa de haberle ocasionado un daño, en consecuencia, -si mostramos, como intentaré hacer a continuación, la existencia de una conexión entre necesidades y autonomía- de haber violado su autonomía, y en definitiva, puede constituir una justificación suficiente para la intervención coactiva del Derecho y del Estado.

En conclusión, bastaría una simple reformulación de la noción de daño, en la que descansa la construcción liberal conservadora del principio de autonomía, para fijar nuevos límites u horizontes al papel de los poderes públicos. Estos ya no tendrían sólo que evitar los perjuicios que los comportamientos activos de terceras personas o de las autoridades públicas pueden originar en el ámbito de la moralidad privada de los individuos garantizando a éstos un espacio en el que su voluntad fuera soberana, sino que además deberían velar para que tampoco se produjeran interferencias pasivas, o lo que es lo mismo, deberían evitar que un mal se produjera o permitir que continuara simplemente por omisión.

***En segundo lugar,** tenemos que mostrar que la satisfacción de las necesidades humanas básicas viene requerida por nuestra pretensión de garantizar universalmente el disfrute de la autonomía individual.*

A partir de la intuición de que el ser humano no puede ser dueño de su destino si se siente acosado por la mordedura de ciertas necesidades básicas, o de que la libertad implica «sentirse libre de la necesidad», se sostiene que la satisfacción de esas necesidades humanas básicas es una precondición de la libertad, un requisito ineludible para la elaboración autónoma de planes de vida.

En efecto, si la autonomía es un bien valioso en sí mismo al margen de las preferencias subjetivas de los individuos -algo que constituye una de las ideas básicas de la concepción de los derechos humanos que estoy defendiendo-, debemos concluir que la autonomía implicará ciertos parámetros objetivos que permiten la identificación y jerarquización de bienes que podemos considerar instrumentales, en la medida en que son instrumento necesario para preservar y expandir la autonomía, pero que podemos denominar también «primarios» o «básicos», dado que por ser necesarios para preservar y expandir la autonomía, son fundamentales para sobrevivir con dignidad y poder hacer uso de la libertad.

En definitiva, estamos asumiendo el llamado «principio de precedencia o prioridad de las necesidades», en virtud del cual las necesidades de los seres humanos tienen

prioridad sobre sus preferencias o las de cualquier otra persona. *[Principio que bien pudiéramos denominar -en correlato con la denominación de Sánchez Vásquez 99, infra- el primer principio igualitario del socialismo liberal].*

Sólo cuando haya sido asegurada la satisfacción de las necesidades básicas de los seres humanos, llegará el turno de los asuntos que afectan sólo a las preferencias. De este modo, al justificar el derecho moral de todos los individuos a la satisfacción de sus necesidades básicas, estamos fijando un escudo protector del individuo frente a los deseos y preferencias de otros, y estamos fijando los correlativos deberes del Estado a la satisfacción de esas necesidades. En consecuencia, el ejercicio de la autonomía requiere no sólo de un Estado no perfeccionista, sino además de un Estado preocupado por la creación de un entorno económico y social determinado que garantice a todos los individuos el acceso a esos bienes primarios o básicos.

La conclusión relevante es que una concepción liberal de los derechos humanos que descansa en el principio de autonomía puede, simplemente, mediante la reformulación del principio de daño y la reivindicación de la importancia de crear las condiciones para el ejercicio de la autonomía, ampliar su catálogo derechos humanos para incluir junto a los tradicionales derechos de libertad, los derechos a la educación, a la salud, al trabajo, al alimento y la vivienda.

Estos derechos, denominados derechos sociales o de bienestar, no tienen por qué considerarse un elemento extraño en una concepción liberal de los derechos humanos, pues desde el punto de vista que estoy defendiendo, hablar de derechos de bienestar no es hablar de nada sustancialmente diferente de los derechos de libertad, al descansar tanto éstos como aquéllos en la misma consideración del individuo como agente moral racional y en un principio moral que defiende la autonomía individual.(:525).

Sobre la igualdad en el disfrute de la autonomía, en la línea histórica de las tensiones que se observan en el devenir de los derechos humanos (cf. segunda parte), la igualdad es un asunto central en las diferencias entre los liberales- conservadores -igualdad ante la ley- y los socialistas -igualdad social o material-. Su solución se plantea, en principio, desde el poder público, la determinación de la variable focal que posibilite la igualdad integral y las desigualdades y diferencias sociales relevantes:

Mientras los primeros entendían que los individuos eran tratados como iguales en tanto en cuanto las normas que regulaban el comportamiento humano en sociedad fueran las mismas para todos, identificando igualdad, por un lado, con universalidad y generalidad de la norma, y por otro, con no discriminación,

Los socialistas sostuvieron que esa igualdad ante la ley era compatible no sólo con graves desigualdades sociales, sino que además no garantizaba la satisfacción universal de las necesidades humanas básicas, ni por lo tanto, la elección autónoma por parte de todos los individuos de sus planes de vida.

Por ello, dirán los socialistas que dicha noción liberal conservadora de igualdad no respeta la exigencia de tratar a todos los individuos como iguales, con igual con-

sideración y respeto, e incluso cuestionan que sea compatible con el respeto a los derechos humanos, pues no favorece la consecución del objetivo básico perseguido por las teorías de los derechos humanos: garantizar a todos los seres humanos su pleno desarrollo como agentes morales racionales».

De tal manera que "(…) a la hora de dar contenido a la exigencia presente en todas las teorías de los derechos humanos de tratar a todos los seres humanos como iguales, tenemos que adoptar un triple punto de partida:

« En primer lugar, debemos ser conscientes de que es un principio que va dirigido a los poderes públicos, indicándoles cómo deben actuar si quieren satisfacer las exigencias igualitarias; dicho de otro modo, les indica cómo debe ser el Derecho (qué contenido y que forma debe tener) para tratar a todos los seres humanos con igual consideración y respeto; por lo tanto, aun si asumiéramos (…) que una de las exigencias implícitas en el principio de igualdad aboga por la reducción de las desigualdades sociales (por ejemplo de las diferencias existentes en el nivel de renta anual disponible), la satisfacción de esa exigencia requeriría inexorablemente una articulación jurídica.

En segundo lugar, tenemos que determinar qué igualdad queremos, es decir, cuándo consideramos que las personas son iguales, o lo que es lo mismo, qué tiene que ocurrir para que digamos que efectivamente somos tratados como iguales, con igual consideración y respeto. De acuerdo con Amartya Sen, se trata de determinar cuál es la variable focal, la condición o variable que satisfecha igualitariamente, nos permitiría afirmar que todos los seres humanos son tratados como iguales. Sea cual sea la variable focal que elijamos, debemos asumir que si nuestro objetivo es que los individuos sean iguales a la luz de la misma, será imposible -dadas las extraordinarias diferencias existentes entre los seres humanos- que los individuos sean iguales a la luz de las restantes variables.

Por último, una vez fijada la variable focal, las exigencias de la igualdad se concretan en la determinación -desde el prisma ofrecido por esa variable focal- de cuáles de las muchas desigualdades y diferencias existentes entre los seres humanos (inteligencia, fortaleza, riqueza, méritos, sexo, raza, religión, edad, aptitudes ...) son relevantes y justifican que sean tomadas en consideración por los poderes públicos a efectos de la adscripción de tratamientos normativos diferenciados (derechos, deberes ...).

(...) los socialistas, aunque quizá no coincidan estrictamente en la determinación de la variable focal, si coinciden en destacar que las desigualdades sociales (en el nivel de ingresos, en el nivel de bienestar, en la satisfacción de las necesidades básicas...) son relevantes y deben ser tomadas en consideración por los poderes públicos a efectos de adscribir tratamientos normativos diferenciados que disminuyan o cancelen dichas desigualdades.

En general y teniendo como referente común *la autonomía individual y la variable focal, "las teorías de los derechos humanos van a defender que en el punto de llegada todos los seres humanos deben ser igualmente autónomos; ese es el gran objetivo que,*

desde su punto de vista, debe perseguir cualquier modelo aceptable de organización social. Por eso, las teorías de los derechos humanos (todas, tanto las conservadoras como las socialistas) asumirán que una sociedad es igualitaria, si todos los miembros de esa sociedad son igualmente autónomos, es decir, gozan de igual capacidad de autodeterminación individual, disfrutan de iguales posibilidades de elegir sus planes de vida, en definitiva, de ser dueños de su destino, de realizarse plenamente".

El problema radica en los requerimientos de la autonomía; de una parte, como igualdad de autonomía frente a la ley y de la otra, como autonomía en las variables libertad real y capacidad, que se resuelve tomando partido por la exigencia de *"igualar a todos los seres humanos en sus capacidades para ser autónomos, en sus posibilidades reales de llegar a ser dueños de su destino, de diseñar y poner en práctica su plan de vida", lo cual incluye "el reconocimiento universal de los derechos de bienestar (salud, vivienda, trabajo, alimento y educación)":*

Los conservadores consideran que los individuos son igualmente autónomos -y por tanto son tratados con igual consideración y respeto- cuando son iguales ante la ley, no son discriminados (por los rasgos que consideramos irrelevantes: raza, sexo, religión) y gozan de las mismas libertades. Como decíamos anteriormente, no es posible garantizar la igualdad de acuerdo con todos los criterios imaginables, por lo que las desigualdades (económicas y sociales) que surjan en un marco igualitario de este tipo se considerarán legítimas.

Los socialistas -como hemos visto por última vez en el apartado anterior- conciben la autonomía de un modo más exigente, y por eso la variable «autonomía» así concebida no difiere sustancialmente de la variable «libertad real» propuesta por Philippe Van Parisj, o de la variable «capacidad» propuesta por Amartya Sen, que, de acuerdo con la definición que propone, engloba «un conjunto de vectores de funcionamientos que reflejan la libertad del individuo para llevar un tipo de vida u otro», funcionamientos que «pueden abarcar desde cosas tan elementales como estar suficientemente alimentado, tener buena salud, evitar posibles enfermedades y mortalidad prematura, y demás, hasta realizaciones más complejas como el ser feliz, el tener dignidad, el participar en la vida de la comunidad, etc.»

« A conclusiones no muy diferentes llegan, tal y como tuvimos oportunidad de analizar cuando estudiamos la relación entre autonomía individual y necesidades básicas, Nino, Dworkin y Garzón Valdés. En resumen, lo que exige la idea de igualdad es igualar a los individuos desde el punto de vista de sus capacidades. Tal y como decíamos entonces, el objetivo no es igualar a todos los individuos en el nivel de bienestar (Dworkin) o de felicidad (Garzón), pues estos niveles vienen determinados por la satisfacción de preferencias o deseos libre y subjetivamente elegidos por los individuos; se trata más bien de igualar los recursos o el bienestar, entendidos como capacidades de las que gozan los individuos para auto determinarse o realizarse plenamente.

Lo relevante de este conjunto de planteamientos -que reflejan perfectamente el modelo socialista liberal- es que asumen que la exigencia planteada por todas las teorías

de los derechos humanos de tratar a todos los seres humanos como iguales no se satisface simplemente proclamando la igualdad ante la ley, la no discriminación o iguales libertades; dicha exigencia requiere igualar a todos los seres humanos en sus capacidades para ser autónomos, en sus posibilidades reales de llegar a ser dueños de su destino, de diseñar y poner en práctica su plan de vida; y ello obliga a los poderes públicos a adoptar un conjunto de políticas de igualdad que, entre otras medidas, incluye el reconocimiento universal de los derechos de bienestar (salud, vivienda, trabajo, alimento y educación).

***En cuanto a solidaridad y derechos humanos**, el planteamiento es el de que los deberes y los objetivos de carácter colectivo desempeñen también un papel importante en las teorías de los derechos humanos, como elementos necesarios de estas teorías, en cuanto "son los derechos de las personas los que justifican tanto los deberes que podemos adscribir a los individuos como los objetivos colectivos que deben orientar la actuación de los poderes públicos":*

"Por ello es un error sostener -como hacen los conservadores- que los derechos de bienestar no son derechos humanos porque las obligaciones que adscriben a terceras personas no están justificadas; y es un error porque la determinación de cuáles son los derechos humanos no depende de que las obligaciones que adscriben sean aceptables o no. (...)

Ahora se trataría de delimitar dichos derechos, es decir de concretar qué tipos de requerimientos normativos (deberes individuales y bienes colectivos) se derivan de esos derechos individuales. Por ejemplo, de acuerdo con los principios de autonomía, dignidad y ciudadanía, los seres humanos gozamos, entre otros muchos, del derecho a la vida y del derecho a la educación. No sabemos, sin embargo, el ámbito protegido por dichos derechos, pues no sabemos qué deberes imponen a los demás (:530).

(...) Sostengo que quizá la diferencia fundamental entre las concepciones socialistas y conservadoras de los derechos humanos radique precisamente en la diferente delimitación que proponen de los derechos humanos, entendiendo por delimitación la concreción y articulación de los requerimientos normativos (deberes individuales y bienes colectivos) exigidos por los mismos. Nino ha sostenido que la discrepancia fundamental entre dichas concepciones radica en la diferente determinación del alcance de los derechos humanos, o lo que es lo mismo, en la diferente respuesta que ofrecen a la siguiente pregunta:

¿Se satisface el derecho a la vida o a la integridad corporal cuando el Estado se abstiene de lesionar activamente tales bienes y prohíbe a los particulares que hagan lo propio, o esos derechos sólo resultan respetados cuando el Estado provee de las condiciones que son necesarias para preservar esos bienes y obliga a los particulares a contribuir para tal provisión?»

Si bien considera que la pregunta condensa cuestiones fundamentales sobre las diferencias, se debe articular la relación entre derechos y bienes colectivos que el Estado

Social o Estado de Bienestar resuelve en la forma más satisfactoria, en cuanto que es un modelo de organización jurídico-política con *"un desarrollo moralmente positivo que implica la superación de la lucha competitiva por la supervivencia y el reconocimiento de una responsabilidad colectiva en la satisfacción de las necesidades básicas de todos los miembros de la comunidad, en definitiva, como una concreción de las exigencias de la solidaridad"*

Mi tesis es que esta noción de solidaridad -o por recurrir a la terminología revolucionaria francesa, de fraternidad- debe desempeñar -junto a la libertad y la igualdad- un papel central en la articulación de una concepción socialista liberal de los derechos humanos, tanto en la defensa de la comunidad liberal frente a los planteamientos atomistas, como en la reivindicación de la justificación de los deberes positivos generales y de las políticas redistributivas, y en la defensa de un compromiso colectivo institucionalizado con el bienestar individual. Por eso, he titulado este último apartado «Solidaridad y derechos humanos» (:530-532).

Respecto de los derechos humanos y el Estado de bienestar, el Estado Social de Derecho en Jesús González es tratado indistintamente como Estado de Bienestar, y en su esbozo supone un desarrollo moralmente positivo al ser "el único modelo de organización jurídico-política que garantiza a todos los individuos su pleno desarrollo como agentes morales racionales", y tiene de finalidad "poner fin a la lucha competitiva por la supervivencia y asume una responsabilidad colectiva de hacer frente a las necesidades básicas de todos los individuos".

Este Estado de Bienestar "descansa en un concepto de democracia compatible con la reivindicación de nociones tales como interés común, bienestar colectivo o virtud cívica, e incluye entre sus obligaciones -junto a las características del Estado liberal conservador- la de combatir la pobreza y la marginación garantizando universalmente los derechos humanos de bienestar".

"*...Muchas son las cuestiones políticas, institucionales, jurídicas, económicas y sociales que plantea el Estado de Bienestar. Su análisis, como decía al comienzo de este libro, será objeto de un nuevo trabajo. De momento, me limito a concluir reivindicando la justificación de una concepción socialista liberal de los derechos humanos y del modelo institucional requerido por la misma: el Estado de Bienestar...¨* (párrafo final de su último libro)*."*

Consideraciones complementarias.

La teoría de la justicia de los derechos humanos constituye la fundamentación y legitimidad de la dogmática de derechos de las constituciones liberales-conservadoras y socialistas, las cuales adquieren su concreción y especificidad de Estado social, según sus definiciones en materia del derecho de la igualdad y el principio de la solidaridad. Como bien lo precisó Jesús González, estas "teorías de los derechos humanos requieren un determinado modelo institucional, que podemos concretar en el Estado (democrático) de Derecho. (…)", a su vez, deben considerarse en su relación de vincu-

laridad con una formación socioeconómica que parte de la eliminación de todo tipo de esclavitud y servidumbre para hacerlas posibles.

El conjunto de la línea de fundamentación que reivindica la perspectiva de los derechos humanos del socialismo liberal encuadrado en el "modelo institucional requerido por la misma: el Estado de Bienestar" (:549) y antepuesto al liberal-conservador, debería reformularse y denominar el modelo directamente como Estado Socialista-liberal, dada la crisis que evidenció la crítica neoliberal del Estado de Bienestar Capitalista (cfr. Jessop 99, cit.). La necesidad de ser superado por una especie de socialismo liberal de "Estado posbenefactor" que da cuenta de los elementos distintivos y definitorios que se acaban de observar, como por ejemplo, el del «principio de precedencia o prioridad de las necesidades», y la desmercantilización de los derechos fundamentales integrales, en el marco de una economía social.

Si bien constituye un avance importante equiparar los derechos de bienestar como *"derechos humanos con el mismo fundamento y las mismas características que los derechos de libertad, de seguridad y de participación política, que las concepciones liberal-conservadoras no los consideran tales"* (:517), esta lógica puede quedar atrapada en los intereses de un pragmatismo utilitarista que antepondrá el cálculo del lucro en cualquier coyuntura que les sea decididamente favorable, dejando la normativa en una formalidad solemne, hueca de sustancia y carente de cabal aplicabilidad.

Por otra parte, la fusión del liberalismo igualitario o social, en su conjunto, con la variante del liberalismo-conservador al considerarse que ambas vertientes son igualitarias ("todas las teorías de derechos humanos son igualitarias" (:517), hace que tal identidad en el igualitarismo -que es tan disímil y contradictorio- resulte inconveniente con posibles consecuencias en su comprensión, a saber:

La fusión del liberalismo igualitario en el liberalismo-conservador -uno de los ramales liberales insatisfactorios que calificó Carlos S. Nino (Cf. Apéndice)- es inconveniente. Al subsumir las *dos vertientes principales del pensamiento liberal: el liberalismo clásico del Estado gendarme y el liberalismo igualitario, no* existiría la opción dentro del liberalismo no socialista, de la tercera vía o posición igualitaria más plausible (Ibíd.Nino:344-345) la cual "propugna un Estado comprometido con la promoción de la autonomía de los menos favorecidos", que se diferencia del de la "economía del bienestar" y del *liberalismo holista*, la otra rama insatisfactoria del liberalismo (:344) y de la cual se requiere su depuración en la praxis social con el socialismo liberal, en la facticidad de los derechos sociales.

No sucede lo mismo con el *liberalismo conservador*. En él podemos afirmar que, en efecto, este tipo de liberalismo -unificado a la manera Anglosajona, que integró la burguesía emergente con la nobleza supérstite-, está identificado con un común denominador de ideario liberal burgués *individualista posesivo:* el paradigma hobbesiano que identifica el profesor González. Conforma una hegemonía bipartidista que se unifica en la pretensión de que *"la autonomía se distribuya espontáneamente, ignorando que esto implica, por un lado, contribuir pasivamente a que se materialice lo que es*

sólo en apariencia una distribución "natural", y, por el otro, apoyar activamente al orden jurídico que permite esa presunta distribución "espontánea" (asignando consecuencias normativas a circunstancias fácticas moralmente irrelevantes)… en la "economía *del laisser faire"* (tal como lo ilustró el mismo NINO) lo cual, en los tiempos contemporáneos de la globalización neoliberal, podemos considerar reeditado por el binomio neoliberal-neoconservador.

Por otra parte, en una eventual supresión del liberalismo *social o igualitario*[108] y su fusión en el socialismo liberal, identificados posiblemente como iguales, *invisibilizaría* la dimensión del liberalismo social "avanzado" o social reformista de carácter no socialista, que da prelación a la justicia distributiva y que, por supuesto, no tuvo el liberalismo individualista clásico. Igual puede suceder con el conocido *socialismo democrático liberal*, que se adecua y es funcional a las relaciones y valores prevalentes del capital y la propiedad privada de los medios de la producción y a la correspondiente división socioeconómica, en una justicia social distributiva que, en la proyección de la individualidad autónoma, no ha logrado la universalidad del un ser humano "libre del temor y de la miseria".

El liberalismo social, como ESD del capitalismo avanzado, tuvo su mayor desarrollo en la modalidad del intervencionismo benefactor, propio de una acumulación de capital y su reparto distributivo de parte de los excedentes para la reproducción ampliada, en correlato con la amortización de las resistencias de los asalariados. La función económica asistencialista en la modalidad neoliberal no necesariamente se desmonta; por el contrario, en reiteradas ocasiones se acrecienta.

Como bien lo afirmó Antonio Pérez Luño, 2003:

«[El] componente socialista democrático [que es preciso denominar liberal-socialismo] se traduce en la superación del agnosticismo axiológico y del formalismo positivista al imponer al Estado la realización de determinados fines materiales, *que contribuyan a una reforma social y económicamente justa, en términos de justicia social, de las condiciones de convivencia.*

---

[108] El liberalismo social o igualitarismo liberal, según Rawls tiene por objetivo «armonizar la defensa de las libertades personales con las exigencias igualitarias de la justicia distributiva», la cual a su vez se propone "rectificar el azar social y el principio de la diferencia para hacer lo propio con la lotería natural" (:38) que han ganado los afortunados sin ningún merecimiento. En él, siempre se deben respetar las siguientes tres condiciones:

- Que la igualdad esté relacionada con el reparto de los medios materiales de la existencia, y no sólo con una idea abstracta de la libertad y la moralidad;
- que nadie esclavice la voluntad de los talentosos para poner a trabajar sus ventajas naturales;
- y que los beneficios de los talentos se distribuyan de manera que todos salgan ganando.(:36)

Rawls, tal como nos lo precisa Puyol 01 en referencia al filósofo de Harvard, es "…seguramente el más conocido de los igualitaristas liberales… el filósofo de la moral y de la política más influyente de los últimos años. Incluso Nozick-uno de sus adversarios más duros- ha llegado a decir de él, que hoy en día no se puede hacer filosofía política sin confesarse en acuerdo o desacuerdo con las ideas de Rawls. Sin duda, es ya un clásico, a la altura de Stuart Mill o de Max Weber-…" (:39)-.

Hermann Heller, uno de sus mejores teóricos, dirá [en concepción avanzada del liberal socialismo] que, frente a las dictaduras totalitarias y a la nomocracia *(Nomokratie)* en que desemboca la concepción formalista kelseniana, el Estado de Derecho debe suponer, como respuesta a las demandas de democracia social del proletariado, «la extensión del pensamiento del Estado de derecho material al orden del trabajo y de los bienes *(die Ausdehnung des materiellen Rechstsstaatsgedankens auf die Arbeits-und Güterordnung)*[109].

La impronta liberal tiene su manifestación más precisa en las tesis de Keynes, principal inspirador del *Welfare State,* que defendía la posibilidad de una transformación de la política estatal por vía democrática, respetando la economía de mercado capitalista, así como el derecho de propiedad [privada] sobre los bienes de producción. Se acepta, sin embargo, un abandono del dogma del *laissez faire* en favor de un intervencionismo de los poderes públicos en el proceso económico tendiente a un incremento constante de la producción, que permita garantizar el pleno empleo y el aumento de las rentas del trabajo.» (ibíd.).

Valdría precisar si el socialismo liberal es una categoría de los tiempos del sincretismo, de las hibrideces o de *oxímoron*[110] como "mandar obedeciendo" (Aguirre R.08: 27 y ss.) o de las producidas por *discordias concordantes* de la imaginación disidente de Murgueza (cfr. Herreño 08:19-20), el cual se encuadra y reorienta con perspectivas como las latinoamericanas de las culturas hibridas (García Canclini 90), con las hibrideces del Socialismo del Siglo XXI venezolano y sus dificultades con los derechos fundamentales tradicionales; el ecuatoriano en proceso de formulación y avance normativo del PdI; el Socialismo Comunitario Indigenista boliviano o el Socialismo Raizal (Fals Borda 2007) y su avance en tensa coexistencia con quienes detentan la hegemonía económica desde lo privado, a nivel global e interno, con una concepción política radicalmente opuesta.

Socialismo en el que la justicia conmutativa prevalezca en coexistencia con la justicia distributiva, *estableciendo la opción prevalente de precedencia a la función social de la propiedad social* (cfr. González A. 04) y las necesidades vitales del sujeto libre sin "esclavitud asalariada o contratada"; limitando seriamente las *preferencias* de excesivos y opulentos niveles de acumulación posesiva e individual. O, si se quiere, que decida apelar a las vetas sociales e igualitarias del ateísmo-cristiano, a la manera del humanismo social del profesor emérito de la Universidad Nacional de Colombia, Eduardo Umaña Luna y de la perspectiva de Fromm, en la creación de "una nueva sociedad y de un Hombre Nuevo es posible si los antiguos estímulos del lucro y la ganancia son reemplazados por otros nuevos. Ser, compartir, comprender, participar; si el carácter mercantil es remplazado por el carácter productivo, humano

[109] H. HELLER. Rechtsstaat oder Diktatur? en la op. col. Der bürgerliche Rechtsstaat. cit .• vol. I. p. 165. Citado Antonio Pérez Luño.

[110] **oxímoron**. (Del gr. ὀξύμωρον).1. m. Ret. Combinación en una misma estructura sintáctica de dos palabras o expresiones de significado opuesto, que originan un nuevo sentido; p. ej., un silencio atronador. Real Academia Española © Todos los derechos reservados.

y amoroso, si la religión cibernética se ve relanzada por un nuevo espíritu radical y humanista. (Erich Fromm, Tener o ser)"[111]. De modo que se normatice, responsabilice y sancione en razonabilidad humanística y con ponderación -desde lo expresado en un excepcional lenguaje católico contemporáneo- a quienes ofenden a Dios: *"...cuando uno daña el medio ambiente (...), acumula excesivas riquezas, consume o trafica drogas, y ocasiona pobreza, injusticia y desigualdad social"* (Ver enlace texto original Vaticano: http://www.zenit.org/article-13786?l=italian).

O bien, por el contrario, si el concepto de socialismo liberal simplemente se reduce a sinónimo de liberalismo social, social-democrático o liberal-socialismo, incluso en la modalidad China de un "socialismo capitalista" deformado en el que sería *antitético* (cfr. Schmitt-Forsthoff. infra) posiblemente incompatible con el *socialismo humanista,* reducido a reformar o atemperar el liberalismo decimonónico -conservándolo en el núcleo esencial de sus instituciones fundamentales-, readecuando el sistema socioeconómico en la prevalencia de la función social de la propiedad y del sujeto individual y colectivo, en una matriz igual al socialismo democrático capitalista, asunto que quedó por evidenciar y precisar en la crucial obra que dejó en proyección el profesor Jesús González Amuchastegui.

[111] Cit:http://www.desdeabajo.info/index.php/ediciones/196-edicion-154/6396--camilo-torres-y-el-marxismo.html (03/10)

b. El aporte del concepto de derechos sociales fundamentales y de derecho al mínimo vital en Rodolfo Arango.

Los conceptos de derechos sociales fundamentales y del minimo vital se constatan en la fundamentación analítica y consecuencialista que defiende el profesor Rodolfo Arango, quien demostró en su "excepcional trabajo analítico" -así calificado en el prólogo de su libro por el profesor Robert Alexi- que los derechos sociales son derechos fundamentales, dado "su alto grado de importancia" en la justicia compensatoria, en especial en cuanto al mínimo vital en situaciones de urgencia, según las posibilidades fácticas y jurídicas del Estado.

Su fundamentación de principios radica en la dignidad humana, la igualdad y el Estado social en vincularidad con los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la inalterabilidad corporal, de lo cual infiere su fundamentalidad y autonomía.

En la perspectiva del PdI, un avance importante del proceso de integralización de los Dfs[112] es la fundamentalización de los derechos sociales en el concepto de derechos so-

[112] Postura que difiere de la consideración, de que, la concepción analítica del profesor Rodolfo Arango se reduce al minimalismo: Es insostenible, restrictiva, no muy convincente, no entendible y, en resumidas "minimalista"; tal como expresamente lo plantea Ángel Libardo Herreño Hernández 2008 en su postulado de <<todo o nada>>. Ángel Libardo parte de considerar como insostenible que " la persona humana sea merecedora de unos derechos de forma inmediata y directa y no lo sea en la misma forma de otros derechos que se suponen no son necesarios o lo son en forma parcial o subsidiaria para asegurar su desarrollo armónico, su autonomía o el logro de su proyecto existencial.", lo cual, obliga al Estado, "como primer responsable de cumplirlos, en el mismo grado y plano de consideración, pues si cada uno de ellos es condición necesaria para alcanzar el fin de la dignidad humana, no habría por qué desagregarlos reconociendo a unos como fundamentales y a los otros no". Con tal presupuesto se refiere a la concepción del profesor Arango, en los siguientes términos:

Es restrictiva porque "… sólo aceptan la intervención del Estado o la tutela jurisdiccional de los derechos sociales en forma subsidiaria cuando la persona o grupos humanos se enfrentan a situaciones extraordinarias de urgencia o vulnerabilidad, que no pueden resolverse por su propia autonomía y por ello requieren de una protección externa cierta que, de no darse, podría ocasionar un daño a sus derechos subjetivos". No es muy convincente: puesto que "… cómo el sujeto puede ser autónomo adoptando sus propias decisiones y enfrentando por sí mismo los riesgos de su libertad, si no tiene garantizadas concomitantemente unas condiciones mínimas de existencia material que le permitan conducirse efectivamente como 'agente'". No es entendible "…por qué la condición de fundamentalidad de los derechos sociales sobreviene a situaciones de riesgo natural o social que obligan al Estado a actuar subsidiaria y ocasionalmente para asegurar las condiciones reales de ejercicio de las libertades y derechos de igualdad." Estos conceptos –a su juicio- "no se apoyan en una idea integral de los derechos humanos, ni de los sujetos de derechos, porque si así fuera sólo sería predicable una acción protectora y garantizadora del Estado de manera inmediata y pro activa, no de manera derivada y secundaría, tal corno lo ha sugerido en el caso de los derechos sociales Rodolfo Arango".

Sus posiciones son minimalistas, por seguir anclada en "... la dicotomía convencional de los derechos humanos y no avanzan mucho en superarla. Visiones como ésta no se basan en una concepción ontológica del ser humano corno "unidad psicosomática constituida y sustentada en la libertad": implícitamente justifican la idea de la escisión antropológica del ser humano y avalan con ello el divisionismo de los derechos humanos. Supone, Arango,

ciales fundamentales como derechos subjetivos, especialmente en la prevalencia de los mínimos vitales -como punto de partida y no como visión de llegada-; sobre todo en la adscripción de los derechos sociales fundamentales a la *justicia compensatoria*[113], su fundamentación y justiciabilidad como tales. Este desarrollo ha sido aportado por el profesor Rodolfo Arango[114] desde el ámbito de la analítica "consecuencialista"[115] del derecho, la cual inscribe él en el Estado constitucional y democrático moderno. [116]

Tres asuntos son centrales sobre la justiciabilidad y fundamentación de los DSF relacionados con su implicación en este estudio: a. La formulación y fundamentación de *los derechos sociales fundamentales;* b. La resolución de la indeterminación de los obligados y del derecho subjetivo -a título ilustrativo-; y c. La *adscripción de los derechos sociales fundamentales a la justicia compensatoria,* de la que hacemos transcripción de su aparte representativo y suficiente. Finalmente, valga la pena una salvedad y una aditiva sobre el asunto de la insuficiencia de la Constitución de Colombia.

a. ***El concepto y fundamentación de los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos:*** en los aspectos de procedencia y consecuencia, la justificación de la justiciabilidad del mínimo existencial y del criterio del daño individual inminente son la clave para resolver la indeterminación del derecho positivo.

---

en abstracto, que los sujetos de derecho de su teoría viven en una sociedad autosatisfecha, que les permite vivir su autonomía sin intervenciones indebidas, por lo cual sólo en circunstancias excepcionales de escasez o de crisis natural o social sería permisible la intervención estatal. No obstante, en sociedades con grandes desequilibrios económicos y precariedad en la distribución de los bienes como la colombiana en donde entre 1997 y 2003, el porcentaje de pobres aumentó de 55% a 66°/~ (28,9 millones de pobres) (Gonzálezyotros2005, 33), el Estado no puede mantener el papel residual, pues sin su intervención activa para alcanzar niveles básicos de bienestar social, la autonomía personal y el respeto de la dignidad humana no son más que discursos ilusorios." (:49-50).

[113] Este pasaje de Arango 2004, es ilustrativo al respecto: …el enfoque distributivo en materia de derechos es demasiado estrecho. La razón es obvia. No es razonable hacer una distribución nominalmente igualitaria, cuando los destinatarios de tal distribución están en condiciones relevantemente desiguales. AMARTYA SEN ha mostrado con acierto que no es lo mismo repartir iguales recursos a todos, cuando las diferencias en capacidades entre las personas, para efectos de convertir dichos recursos en libertad efectiva, son disímiles. No recibe el mismo kilo de arroz quien quema el doble de calorías dado su metabolismo que la persona que recibe dicho kilo pero necesita únicamente la mitad de calorías. Este simple ejemplo muestra que una distribución realmente igualitaria tiene que tener en cuenta las condiciones de cada persona en particular, por ejemplo si proviene de un sector que ha sido históricamente marginado o discriminado, o si ha sido desfavorecido por la naturaleza y requiere por ello de compensación.

Es precisamente este último concepto el que da la clave de la relación entre justicia y derechos sociales fundamentales. A toda distribución de recursos debe anteceder una corrección por vía de compensación de las desventajas objetivas de las personas. De no ser así, cualquier distribución, por igualitaria que parezca, no se haría cargo de los factores relevantes para asignar derechos y distribuir cargas públicas. Esta tesis, que coloca el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales como parte de la justicia .compensatoria, se funda en últimas en una idea de la persona humana que es más realista que aquella adoptada por la generalidad de los filósofos liberales. (:70-71).

[114] Podemos considerar que esta investigación doctoral del profesor Arango, en la fundamentación de los DS como DSF, es hasta ahora en nuestro país el aporte más avanzado, de obligado escrutinio académico.

[115] Arango 01: 155,164.

[116] Contribución, que ponemos en correlato con la investigación sobre la jurisprudencia constitucional del derecho al mínimo vital (cfr. Infra), dado la prevalencia referida y ser un estudio por él dirigido.

Procedencia y consecuencia. El concepto de mínimo social como derecho fundamental es posible cuando el Estado puede actuar –lo cual no supone que si no puede actuar tenga que eximirse de su responsabilidad y obligación- y la persona se encuentra en situación de urgencia. De no hacerlo, es una omisión injustificada que lesiona a la persona:

Una persona tiene un derecho fundamental definitivo concreto a un mínimo social para satisfacer sus necesidades básicas si, pese a su situación de urgencia, el Estado, pudiendo actuar, omite injustificadamente hacerlo y lesiona con ello a la persona.

Esta formulación tiene la siguiente estructura lógica normativa[117]:

U<>M⇒DieApf

Que significa:

(U): cuando están dadas la situación de urgencia y

(M): las posibilidades jurídicas y fácticas del Estado

(i): entonces el individuo

(D): tiene un derecho definitivo concreto

(e): frente al Estado

(Apf): a una acción positiva fáctica

Llevada al plano de los principios y su prevalencia, la estructura lógica del concepto de los derechos sociales fundamentales es:

(P1…Pm P Pn…Px) U <> DieApf

Esto quiere decir que:

- cuando los principios **P1** hasta **Pm** hablan a favor de una acción positiva fáctica,
- tienen prioridad **P** frente a los principios **Pn** hasta **Px** que hablan en contra de un derecho social fundamental a una acción positiva fáctica,
- en la situación **U**,
- entonces el individuo **(i)** tiene un derecho **(D)** frente al Estado **(e)** a una acción fáctica positiva **(Apf)** (Diseño fuera de texto).

[117] De la cual agradece expresamente a Robert Alexy.

La justificación de la justiciabilidad del mínimo existencial: El derecho fundamental[118] a un mínimo existencial *(Existenzminimun)* es justiciable por la relación de coimplicación entre los principios de la dignidad humana y la igualdad y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la inalienabilidad corporal, *en vincularidad con el principio del Estado social.*

Esto, conforme a la jurisprudencia administrativa y la doctrina jurídica alemana[119], si bien es normativamente innominado, "no está expresamente establecido en la Constitución alemana"; lo cual implica, según:

"…una interpretación jurídica sistemática y teleológica que se apoya en un argumento a *fortiori*: un derecho fundamental a un mínimo existencial (DF Exmin) debe aceptarse porque la posición jurídica *correspondiente está justificada en* ***el principio de la dignidad humana*** *del art.1, inciso 1 de la Ley Fundamental* ***(n1)*** *y en el derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 2 inciso 1 de la Ley Fundamental* ***(n2)****, o en el derecho a la vida y la inalienabilidad corporal del artículo 2, inciso 1 de la Ley Fundamental* ***(n3) y el principio de igualdad*** *del artículo 3, inciso 1 de la Ley Fundamental* ***(n4)****, en conexión con el principio del Estado social del artículo 20, inciso 1 de la Ley Fundamental* ***(n5)****", lo cual significa en la formula (ilustración)":*

$$\textbf{DF Exmin} <> \textbf{pj; pj} \Rightarrow (\textbf{Rvs} \Leftrightarrow \mathbf{n_1} \wedge \mathbf{n_2} \wedge \mathbf{n_3} \wedge \mathbf{n_4} \wedge \mathbf{n_s})$$

Donde:

DF Exmin: derecho fundamental a un mínimo existencial

<>: Coimplicación

Pj: Posición jurídica;

Rvs: Razones válidas y suficientes

n1: art.1, inciso 1 de la Ley Fundamental

Esta aplicación de la coimplicación de los principios de la dignidad humana y de la igualdad con derechos fundamentales, como propios del Estado social, evidencia la aplicación del PdI que confiere autonomía a los derechos sociales como derecho fundamentales, gracias a esa doble vincularidad de los principios con los DFs -en interpretación sistemática- y de estos con el ESD, en su interpretación teológica. La negación injustificada de estos derechos en el mínimo social del Estado social "es irreconciliable con el estado constitucional y democrático moderno"[120]. Estos *priman*

[118] O derecho de alto grado de importancia.

[119] Reconoció también, que los mínimos vitales existenciales fueron ya reconocidos jurisprudencialmente en Suiza y Colombia y doctrinariamente por Hart y Alexi, entre otros.

[120] "..la negación injustificada del mínimo social es irreconciliable con el estado constitucional y democrático moderno" (:345), afirmación que remite en cita 358 al esquema de coherencia en: cap. III.2.1.2.3.

como justicia compensatoria sobre la justicia distributiva -a diferencia de la ayuda social- (:345 y 346) y se identifican en *"los derechos a la alimentación, la educación, la asistencia médica, la vivienda, la seguridad social y el trabajo" (:347).*

Restaría entonces –y a nuestro juicio- dar el paso siguiente en la construcción jurídica: el reconocimiento nominado de un ordenamiento constitucional de este tipo de Estado (social-constitucional y democrático) en la vincularidad de la categoría expresa de derechos sociales fundamentales y el establecimiento de los deberes y responsabilidades con orden reforzada de aplicación efectiva –y por supuesto, con el respaldo efectivo de los factores reales de poder, en primer orden el social político-económico- . Más que diferirlo al estatuto legal, concreta las reglas que se fueren consolidando y proyectando, según la clase de teoría de justicia de este tipo de Estado, que los reconoce y trata como tales. Así, como lo advierte González Moreno, 2002:

"…se establecería constitucionalmente y en forma expresa *la obligación jurídico-objetiva del Estado aparejada a "un correlativo derecho subjetivo de los ciudadanos para exigir del Estado las medidas adecuadas que garanticen las condiciones de esa vida en libertad* (…) [priorizando una] articulación jurídica de esta "garantía de las bases en que se asienta la existencia individual", [lo cual] en palabras de HESSE, ofrece mayor complejidad (…) si hay derechos subjetivos de participación cuando aún no se han creado (en forma razonable y legítimamente justificada. Cap) las condiciones para satisfacerlos (…) [y] si son verdaderos derechos fundamentales prestacionales vinculantes para el legislador [que] supone un desplazamiento de competencia del Parlamento al Tribunal Constitucional" (:137-140).

Con el mandato constitucional y el deber programático estatal objetivo, la indeterminación normativa y el desplazamiento de competencia para resolver su fundamentalidad en *proceso de fundamentalización* de los derechos -que algunos les parece insaciable, excesivo, desproporcionado o propio de países desarrollados, omitiendo la noción básica de mínimos vitales y sus límites reales de satisfacción por cada individuo-, ya no tendría que resolverse por la rama judicial en línea de construcción de *subreglas* básicas y generales, y se pondría como mandato general de imperativo cumplimiento sobre la órbita de la discrecionalidad y del vaivén de la voluntad legislativa coyuntural, que establece pautas regladas al desarrollo económico y a su proceso acumulativo –a veces , sí francamente insaciable y arbitrario–.

Este planteamiento igualmente lo encontramos concordante en el *sentido fuerte de condición de validez* del Prof. Alexi, asunto que se advierte en lo expresado por Alonso M.A.-Giraldo 01, quien observó que: *"El carácter fundamental de los derechos humanos tiene que ver con la satisfacción de intereses y necesidades básicas así como con su debida protección. [En las que]La prioridad se relaciona con la observancia de los derechos humanos como condición necesaria de legitimidad del derecho positivo (prioridad en sentido débil), o como condición necesaria de la validez del derecho prioridad en sentido fuerte"* (: 59-93; 141, cit.).

El criterio del daño individual inminente como la clave para resolver la indeterminación del derecho positivo. *Según el concepto bien desarrollado de derecho subjetivo*[121] *de "posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas y suficientes, y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al sujeto" (:298), y cuando el "no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al sujeto",* el criterio del daño individual inminente es "la clave para resolver el problema de la indeterminación del derecho positivo": dado que, en la urgencia de una situación " es por lo general claro lo que debe y tiene que hacerse"(:311)

"*...Para establecerla debemos tan solo imaginarnos lo que sucedería a la persona si su necesidad básica no es satisfecha" (:312); es un estado objetivo de cosas, "que puede ser determinado por argumentos contrafácticos, que muestran lo que sucedería a la persona en caso de que una de sus necesidades básicas no fuera atendida inmediatamente, esto es, en caso de no ser reconocida su posición normativa pese a existir razones válidas y suficientes que la respaldan". (:313.)*

b. ***La resolución de la indeterminación de los obligados y del derecho subjetivo.*** *Texto ilustrativo.*

El desconocimiento del derecho por el subsidiariamente obligado[122] (el Estado), "es injustificado cuando se cumplen dos condiciones: 1) que el principal obligado (la familia del titular del derecho) incumpla con su obligación, lo que impide la realización del derecho positivo, y 2) la negativa del obligado subsidiario a cumplir con dicha obligación, pese a la existencia fáctica y jurídica de posibilidades de acción, amenaza con causarle un daño inminente al titular del derecho". Formulación que amplía con HENRY SHUE[123], quien observó que "a un derecho pueden corresponder múltiples

---

[121] A juicio del autor de este estudio, este concepto es el que fundamenta, desde lo normativo, el DSF y lo inmuniza contra la indeterminación (:346). Como ventajas del concepto bien desarrollado de derecho subjetivo, manifiesta:

En la fundamentación iusfilosófica de los derechos sociales fundamentales se vuelven claras las ventajas de un concepto bien desarrollado de derecho subjetivo: en primer lugar, concreta la segunda condición presentada por JOHN RAWLS (the urgency) para los constitutional essentials, al adoptarla como una característica de los derechos subjetivos. En segundo lugar, dicho concepto muestra que la intuición de FRANK MICHELMAN respecto de la posibilidad de un reconocimiento de los derechos sociales innominados en el texto constitucional era correcta. Ahora esta posibilidad de viene operacional mediante características concretas del concepto de derecho social fundamental. En tercer lugar, el referido concepto trabaja con una teoría discursiva de los derechos que permite diferentes razones para derechos (no sólo la autonomía). En cuarto lugar, crea un puente para superar la brecha que dejó abierta ALEXY con su modelo en tres etapas del derecho subjetivo. En quinto lugar, señala que la fundamentación del concepto de derecho social fundamental no puede lograrse con ayuda de una concepción abstracta ya priori de las necesidades fundamentales (como en RAWLS, HABERMAS o WIGGINS). Tal objetivo se logra en forma más plausible mediante la reformulación del concepto de derecho subjetivo, sin que ello suponga una concepción metafísica de los derechos subjetivos. (:347); párrafo con el que concluye esta obra.

[122] Véase el capítulo 111.1.3.2.1) El principio de subsidiaridad; cit.

[123] H. Shue, The Interdependence of Duties, en: The Right to Food, P. Alston/K. Tomasevski, (Eds.), Nijhoff 1984, pp. 83-84; véase especialmente, H. Shue, Basic Rights, Princeton, N.J. 1980, pp. 60 y ss. Cit.

obligaciones y varios obligados", según el siguiente esquema de las obligaciones correlativas a un derecho:

Impedir su vulneración; mediante la imposición de la obligación (1), y mediante el diseño de instituciones que eviten la creación de incentivos fuertes para la violación de la obligación (1);

Ayudar al vulnerado que es nuestra responsabilidad especial, que es víctima de fallas sociales en el cumplimiento de las obligaciones (1), (II-1), y (II-2), y que es víctima de desastres naturales. (: Ibíd.)

«*...La unión de estas condiciones, la inminencia del daño y el no reconocimiento injustificado de una posición normativa basada en razones válidas y suficientes, resuelve el problema de la indeterminación del derecho subjetivo*

...Un concepto no desarrollado de derecho subjetivo, aunque funcional desde la perspectiva del derecho privado o en sociedades sin constitución democrática, es completamente insuficiente e inaceptable bajo las condiciones del estado constitucional y democrático actual, el cual admite la propiedad privada del suelo y de los medios de producción y se enfrenta al hecho de la interdependencia económica mundial»(:317-318).

c. ***Los derechos sociales fundamentales se adscriben al Estado constitucional y democrático moderno y a la justicia compensatoria*** (:342-346).

Los DSF, que desde la valoración de su gran importancia en el PdI, en clave de derechos pueden ser considerados como la columna central y definitoria del la estructura dogmática del Estado social democrático de derecho, son catalogados por el Prof. Arango desde la acción positiva y de las garantías previas y prevalentes del Estado en sus cometidos, como: *"derechos a acciones positivas fácticas del Estado de gran importancia, los cuales se derivan directamente de las constituciones democráticas modernas si es que el individuo ha de ser tomado en serio. Los derechos fundamentales –incluido el derecho al mínimo social- deben ser garantizados previamente a la distribución democrática de bienes y cargas por parte del legislador ordinario. En este sentido, la justicia correctiva tiene una especie de primacía sobre la justicia distributiva en los estados constitucionales y democráticos modernos" (:344):*

«*...**Los derechos sociales fundamentales -ésta es mi tesis- en el estado constitucional y democrático moderno, deben ser adscritos al concepto de la justicia compensatoria.** La razón para ello es que los derechos sociales fundamentales cumplen la función de etapa previa de cualquier distribución justa, ya que de otra manera no es posible garantizar iguales derechos a todos.*

En materia de justicia compensatoria, el criterio correctivo está dado objetivamente; consiste en la existencia objetiva de una situación defectiva. Tal criterio de diferenciación es reconocible mediante una argumentación persuasiva y convincente. (Cita 353) [Valga reiterar la recomendación de reglar la discrecionalidad argumentativa para

desarrollos estatutarios y reglamentarios mediante la constitucionalización de los derechos sociales como derechos fundamentales, lo cual le da la fuerza de la supremacía constitucional y la legitimidad al tipo de Estado social constitucional (cfr. Zagrebelsky 07), en un modelo de desarrollo socioeconómico y político que garantice seriamente y en forma fuerte su efectividad, lo cual es coherente y consecuente con la afirmación siguiente. Cap]

A diferencia de la justicia distributiva, el criterio correctivo no está a disposición de la voluntad política. Dicho criterio, a diferencia de lo que sucede con la justicia distributiva, (cita 354) no depende de elecciones subjetivas o preferencias de peso relativo que requieran de deliberación para su institucionalización]. Se trata de un criterio de diferenciación que *puede justificarse, en vista de la situación de urgencia del individuo, mediante razones válidas y suficientes.* ERNST TUGENDHAT da un ejemplo de tal criterio de diferenciación, aunque para el efecto no llega a distinguir entre justicia compensatoria y justicia de distribución:

Se presenta una necesidad objetivamente fundada cuando alguien está impedido físicamente, por ejemplo es ciego o lisiado, etc. Quien es menesteroso en este sentido, está perjudicado en un sentido objetivo y, como lo dice ACKERMAN, requiere de una "compensación". Un ciego, por ejemplo, necesita medios de ayuda especiales. Quien recibe más en este sentido es meramente compensado por lo que le falta. Esta forma de consideración especial es un derecho y no puede entenderse como un cuestionamiento del reparto igualitario fundamental. El argumento vale para toda forma de necesidad especial, por ejemplo, para los enfermos y ancianos. (:355).

El argumento principal para concebir los derechos sociales fundamentales como un caso de aplicación de la justicia compensatoria consiste en que éstos son derechos a acciones positivas fácticas del Estado de gran importancia, los cuales se derivan directamente de las constituciones democráticas modernas [preferiríamos, directamente instauradas que derivadas, reiteramos] si es que el individuo ha de ser tomado en serio. ***Los derechos fundamentales -incluido el derecho al mínimo social- deben ser garantizados previamente a la distribución democrática de bienes y cargas por parte del legislador ordinario. En este sentido, la justicia correctiva tiene una especie de primacía sobre la justicia distributiva en los estados constitucionales y democráticos modernos***[124]*.*

La diferencia entre ayuda social y mínimo social puede aclarar las complejas relaciones entre la justicia compensatoria y la justicia distributiva. Como ALEXY lo afirma, la ayuda es un ejemplo de la justicia distributiva. En un orden jurídico democrático, los criterios para su concesión (necesidad, productividad, condición socio-económica, etc.) se encuentran a disposición del legislador. Una lista según un orden de prio-

[124] Visto desde el PdI, la integralidad reivindicaría esta prevalencia de los derechos sociales sobre las preferencias patrimoniales o de derechos disponibles, núcleo del planteamiento de González Amuchastegui sobre el socialismo liberal de los derechos humanos, y elemento central con el que establecemos identidad de estos dos autores de apoyo.

ridades jerarquizadas no es formulable. Una comprobación *a priori* de criterios de justicia sustantivos para la distribución de bienes y cargas, bajo las condiciones del pensamiento posmetafísico, no es posible.

En el caso de la ayuda social surge tenuemente la idea de la justicia compensatoria en la forma del criterio de las necesidades. Pero la máxima de justicia postulada por BLANC y MARX, "a cada quien según, sus necesidades", compite con otros criterios de distribución (por ejemplo productividad, ingreso, responsabilidad, esfuerzo, inteligencia, etc.), de modo que aquí la justicia distributiva obtiene primacía frente a la justicia compensatoria. Así, por ejemplo, a la luz del segundo RAWLS, podría comprenderse la ayuda social como un "bien básico", cuya distribución le corresponde al legislador.

Otro es el caso del mínimo social, es decir, de los así llamados derechos sociales fundamentales mínimos, en el sentido de ALEXY, de los *constitutional essentials* del segundo RAWLS o de las "necesidades antropológicas arraigadas," en el sentido de HABERMAS. ([356])*Los criterios de compensación no son de libre disposición del legislador cuando está de por medio el mínimo social: en su calidad de derechos fundamentales, su reconocimiento no debe depender de la transitoria voluntad mayoritaria. Ello es así puesto que es posible dar importantes razones válidas y suficientes, para cimentar tales posiciones iusfundamentales…»* (:342-345).

Asunto que así formulado, se aproxima a lo planteado por González Amuchastegui para el concepto de derechos humanos del Socialismo liberal (supra), específicamente en la prelación de precedencia y la responsabilidad en el daño por omisión, aspectos que bien puede considerarse como definitorios para la comprensión y aplicación del PdI y nos permiten reconocer el aporte del profesor Arango como un avance importante, tal como lo afirmamos al inicio.

d. ***Una salvedad, en la refutación del argumento de imposibilidad lógica de los derechos sociales.***

El Prof. Arango 01 en Protección nacional e internacional de los derechos humanos[125](:52 y ss.), frente al argumento de Maurice Cranston de una supuesta imposibilidad lógica de los derechos sociales , dado que *"es absurdo exigir algo como derecho, siendo que en la práctica lo exigido no se deja realizar"*; precisa en forma resolutoria, que es un argumento organizativo y "no de imposibilidad lógica", el cual, para su óptima protección, exige de "su transformación en derechos sociales fundamentales, mediante su consagración constitucional [que no es el caso de la CPC] o su reconocimiento jurisprudencial [que el mismo Arango reconoce como de incipiente desarrollo] (:153). Cuando la Constitución adopta la forma de Estado social de derecho vincula la libertad e igualdad en la función esencial de proteger a las personas "frente a riesgos

[125] Arango 2001. Protección nacional e internacional de los derechos humanos. En: Ciudadanía y derechos humanos sociales; Alonso, M.A./Giraldo J. eds., Medellín, Escuela Nacional Sindical.

naturales y sociales" (:154) y según el principio de la subsidiariedad, conforme el cual "el Estado está obligado a una actuación positiva, cuando las condiciones formales y materiales para el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales se encuentren dadas" (154-155). Esta argumentación de la subsidiaridad condicionada por la progresividad, "cuando las condiciones formales y materiales para el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales se encuentren dadas", –estimamos- requiere la salvedad de absolver la condición de gradualismo discrecional no reglado en la adscripción a la justicia compensatoria (supra) antes planteada. Caso contrario, nos pondría en la lógica del concepto de principio como mero mandato de optimización que sólo puede realizarse cuando se dé el citado presupuesto, sin más ni más; en una condición abierta a la irresponsabilidad del Estado cuando estas condiciones no estén dadas por omisión irresponsable y de la cual no es dado eximirse.

Así y a nuestro juicio, de no tenerse en cuenta, no se aplicaría el avance que debe tener el principio de la progresividad dinámica y la "correlativa prohibición de regresividad" (Abramovich y Courtis, 2002, pp. 92-116)[126]; asunto que ha sido ampliamente desarrollado en las observaciones del Comité del PIDESC -Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[127] y en el sistema interamericano con el Protocolo de San Salvador[128], que por demás, no lo hace obligatorio -como debería ser en un ordenamiento constitucional bien ordenado-, y lo cual, planteado en materia de validez del ordenamiento, debe consagrarse en obligatoriedad.

Al respecto es bien ilustrativo lo planteado por Christian Courtis:

«...al menos dos nociones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –también recogidas en el texto del Protocolo de San Salvador–suponen necesariamente la evaluación de dimensiones presupuestarias: la noción de "progresividad" y la adopción de medidas "hasta el máximo de los recursos disponibles".

La obligación de "progresividad" requiere del Estado una mejora constante en la situación de goce de los derechos sociales: para ello, uno de los parámetros a evaluar diacrónicamente es la previsión de partidas presupuestarias para satisfacerlos. *La obligación de adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos disponibles"* supone la posibilidad de evaluar el empleo de los recursos públicos, y la priorización que el Estado haga de ellos –por ejemplo, mediante la comparación del porcentaje presupuestario destinado a satisfacer derechos sociales con el destinado a otros gastos que no corresponden a la satisfacción de derechos humanos. *La obligación requiere también que el Estado agote sus esfuerzos para acudir a la cooperación*

[126] Citado Courtis.2007. p.13

[127] Comité DESC. Observación general Nº 3.La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto En:http://www.oacnudh.org.gt/documentos/publicaciones/KIT%20INSTRUMENTOS%20INTERNACIONALES/2%20DESC/2.5%20Observaciones%20Generales.pdf.

[128] PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR". En: http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html

internacional si no tiene capacidad de mejorar progresivamente la efectividad de los derechos sociales previstos en los pactos internacionales.»"[129]

Estas consideraciones adicionales, el Prof. Arango -al referirse a la instancia, internacional- las valoró como "importante para la observancia de los pactos internacionales sobre la materia, [pero] ella no representa una gran ayuda para individuos o grupos sociales que viven en condiciones de marginamiento o exclusión social" (:157-158), que en efecto, requieren de una respuesta efectiva -además de adecuada y oportuna-, como las que se pueden constatar en la aplicación del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia constitucional –por ejemplo, en la tutela al mínimo vital, en las de salud y el desplazamiento forzado (supra)-, que han tenido apoyo y "gran ayuda" en las citadas observaciones.

e. ***Una aditiva al comentario sobre la insuficiencia de la constitución nacional como medio para enfrentar la pobreza.***

El Prof. Arango 05 en *Constitucionalismo, Estado social de derecho y realización integral de los derechos*[130] (:59-95), al referirse al mercado mundial en el reto de la globalización económica –neoliberal- y sus efectos sobre los derechos (:61-66), manifiesta que: *"Uno de los efectos positivos de la globalización económica es la creciente conciencia de la necesidad de ponerle límites"*, -en cuanto que en efecto, los derechos y garantías sociales se han visto amenazados ante la voracidad del capital transnacional y la liberalización de los mercados; de tal manera que *"la exclusión, la desigualdad y la pobreza ya no son patrimonio exclusivo de los países mal llamados subdesarrollados o del Tercer Mundo" y que "la idea del progreso fundado en la economía que imperó después de la Segunda guerra mundial ha entrado en crisis (ESCOBAR, 1996)"* (:53)-[131]. Para plantear, que es precisamente en ese contexto:

"… en el que surge con fuerza la necesidad de repensar las estrategias de realización integral de los derechos humanos, en particular mediante la defensa de un Estado social

[129] Christian Courtis.2007. Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista. Comisión Internacional de Juristas. En: http://www.derechos.org.ve/propuesta_formacion/sem-desc_2007/ponencias/Derechos%20Sociales%20y%20Politicas%20Sociales%20Christian_Courtis.pdf

[130] En materia de estrategias para la construcción del Estado social de derecho (ESD) y la realización integral de los derechos (II: 66-86), Arango 2004 (Derechos, constitucionalismo y democracia. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N°33), plantea, después de I. Reto: La globalización económica y sus efectos sobre los derechos, los siguientes asuntos:

Al ESD como medio de realización de todos los derechos;

Tres estrategias para la construcción del ESD: a. resistencia constitucional; b. Democratización mediante la participación y c. control de las políticas públicas;

III. Propuestas adicionales para la realización integral de los derechos humanos: 1. La formulación de una Constitución social mundial, 2.La creación de un Tribunal Social Internacional y; 3. Medidas para enfrentar la exclusión.

[131] Lo cual evidencia en un creciente desempleo (Alemania) la inestabilidad laboral en Europa y particularmente la pérdida de centralidad del trabajo asalariado, como eje de la organización social.

de derecho garante de las conquistas del humanismo representado en el movimiento de los derechos humanos" (:54), y en el que juega un papel importante el *constitucionalismo*[132] como planteamiento político y movimiento intelectual para la defensa del Estado social de derecho en la realización integral de los derechos humanos. El cual, asume el reto de una visión que combina los enfoques *deconstructivista* –"que enfatiza la erosión de los mecanismos de garantía de los derechos sociales, la producción normativa de centros de poder privado y la pérdida de capacidad de maniobra 1e los estados nacionales ante las empresas transnacionales"(:61)- y el constructivista –"tendencia [que]busca un replanteamiento de las tareas del derecho y de las instituciones democráticas como los congresos nacionales, los sindicatos y las fuerzas sociales, de forma que adquieran un nivel supranacional"(:ibíd.)-.

En la perspectiva deconstructivista evidencia que *"…la constitución nacional no es un medio suficiente para enfrentar la pobreza, porque esta es un fenómeno mundial que requiere de solución transnacional";* en el que se manipulan los precios de los productos agrícolas y el mismo precio del dólar; donde *"la mayor paradoja de una constitución democrática [es que] depende de condiciones que ella misma no está en capacidad de asegurar"* (:62) por estar inmersa en una *"interdependencia económica internacional [que] es una premisa de la cual debemos partir en nuestras reflexiones sobre las relaciones internacionales (SHUE, 1980,2002) y vigencia de los derechos humanos"(:Ibíd.).* Para lo cual, -en la perspectiva constructivista- se precisa de un *constitucionalismo global y una constitución mundial y de implementar sus respectivas propuestas de Constitución social mundial, Tribunal Social Internacional, con medidas para enfrentar la exclusión* (86-89); así como, de la reformulación de los deberes internacionales de abstención del daño del otro –como por ejemplo, en "la manipulación de los precios del mercado en la bolsa", que requieren de severa regulación social, observamos- y de los deberes positivos de actuación a través de instituciones que promuevan la "justicia social en el mundo» (SHUE, 1980; O'NEILL, 1998)"(:64).

A esta perspectiva, creemos se debe adicionar la necesidad de conceptualizar y enmarcar a los derechos en su vínculo con la forma y tipo de Estado y formación socioeconómica que lo contextualice, a la manera de lo tratado en la sección anterior con Jesús González. Para la concreción efectiva de la voluntad constructiva, la línea del Foro Social Mundial[133] le daría su dinamismo impulsador desde la *globalización alternativa* planteada por Boaventura de Sousa Santos y Cesar A. Rodríguez Garavito 07 (El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita)[134]. Igualmente,

---

[132] Constitucionalismo: "….entiendo por constitucionalismo un planteamiento político que pretende trascender el legalismo y hacer que los sistemas jurídicos respeten determinados valores materiales, entre ellos la democracia y los derechos humanos, para lo cual se hace necesario la creación de cortes constitucionales encargadas de contribuir a la realización de dichos valores. La Constitución colombiana de 1991 se inscribe entonces en el constitucionalismo moderno, al consagrar una amplia carta de derechos, una corte constitucional y amplios mecanismos ciudadanos para su protección." (Ibíd:61).

[133] *FORO SOCIAL MUNDIAL.* Porto alegre 2002. Bogotá, Fica.

[134] Boaventura de Sousa Santos-Cesar A. Rodríguez Garavito 07. *El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita;* Barcelona-México, Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana.

la pauta hito del Informe PNUD 2000[135] estudiada en supra (ver) y la reformulación de la ONU -con el Tribunal Social Internacional[136] y la jurisdicción social[137], en una especie de Consejo de seguridad económica y social, que dirija y posibilite la adopción e implementación efectiva de medidas económicas y políticas de alcance global para la realización integral de los derechos humanos; aspectos que se articulan con las propuestas por Arango 04 al final de su ensayo -inspirado en la conferencia presentada al Foro por un Derecho Social Mundial de Buenos Aires en 2003 (:20)-; a saber:

«a. Impuesto [proporcional al desfase de los indicadores de desarrollo humano, adicionamos] (...) sobre la totalidad de las transacciones económicas efectuadas en las bolsas de valores del mundo.

---

[135] *INFORME SOBRE DESARROLLO HUMANO 2000.* DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO HUMANO. PNUD. En: Amartya Sen. Cap 1. Los derechos humanos y el desarrollo humano. [Marco conceptual del Informe.]. En:http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2000/chapters/spanish/

[136] Este "…encargado del juzgamiento y condena de graves y manifiestas violaciones a los derechos sociales fundamentales mínimos -subsistencia digna, salud, educación, seguridad social, vivienda, trabajo-, como puede ser el caso ante el fenómeno de las hambrunas y las tragedias naturales o sociales no oportunamente atendidas por instancias que, estando en capacidad de actuar, dejan de hacerlo y permiten con su omisión la ocurrencia de una daño grave a los derechos de las personas" (Arango 04:87).

[137] Al respecto, considera que la sentencia del 19 de noviembre de 1999, caso Villagrán Morales, "Los niños de la Calle", constituye "el primer paso en la creación de una jurisdicción social universal" (: 88).

La reseña de esta sentencia la podemos localizar en: Protección de los derechos humanos en la Corte Interamericana. Vulneración de los derechos de los niños de la calle por ausencia de mecanismos especiales de protección.

En: http://www.defensoria.org.co/?_s=ojc&_a=18&_b=1632&_es=0.

De lo pertinente, se puede destacar:

> … Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los "niños de la calle", los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida.
>
> La Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas disposiciones que guardan relación con la situación de los "niños de la calle" que se examina en este caso y pueden arrojar luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debió haber observado ante la misma. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación. Es claro para la Corte que los actos perpetrados contra las víctimas en el presente caso, en los que se vieron involucrados agentes del Estado, contravienen estas previsiones.
>
> La Corte destaca que, si los Estados tienen elementos para creer que los "niños de la calle" están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito y de la reincidencia. Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad. En el presente caso, el Estado actuó en grave contravención de esas directrices. Por lo anterior, la Corte declara que el Estado violó el artículo 19 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los menores. nota 1: Para ver los hechos del Caso Villagrán Morales, remitirse a la subregla 5.5. Sentencia Serie C. No. 63 (Subrayados fuera de texto)

b. *Dividendo de materias primas-punto de partida: los recursos humanos son propiedad de la humanidad (pues ha de verse a quien afecta su destrucción).*

c. *Un sistema de corresponsabilidad de la comunidad internacional para que actúe materialmente en casos en los cuales los gobiernos nacionales carecen de la capacidad de hacerlo (catástrofes naturales y catástrofes sociales).*

d. *Convenio internacional en el cual se acepte que los institutos multilaterales de crédito renuncien a hacer exigible la deuda externa contraída por gobiernos sin legitimidad política una vez ellos son derrocados [extensivo a las condenación efectiva de la deuda de los Pueblos y según lo determinado en los instrumentos internacionales del derecho al desarrollo para la realización plena de los derechos humanos y libertades fundamentales, adicionamos]» (:89).*

c. El aporte sobre la justiciabilidad y la exigibilidad de los derechos sociales de Abramovich-Courtis

> ***Abramovich y Courtis*** *en su estudio de los pactos internacionales de derechos, constataron la infravaloración de unos derechos humanos (los sociales) y el distingo favorable a la valoración fuerte de otros (civiles y políticos), para observar que las obligaciones negativas y positivas, y la regla de progresividad en la aplicación de los derechos humanos, la comparten todos los derechos y no es exclusiva o inherente a los derechos sociales. La importancia política y normativa de todos los derechos humanos está siendo determinada discrecionalmente por los Estados sin necesariamente cumplir lo dispuesto en el ordenamiento y la jurisprudencia internacional, cuyo equivalente en los derechos sociales -precisan- son las Observaciones Generales del PIDESC. Las limitaciones -de justiciabilidad y exigibilidad- son obstáculos de la progresividad de los derechos –incluidos los recursos-, que pueden ser resueltos mediante la reconsideración de las prioridades y medidas concretas y viables, como lo ilustran textualmente los autores arriba mencionados en el libro citado.*

Al decir de Ferrajoli en el prólogo del estudio de Abramovich-Courtis, éste ha llenado una laguna en la materia. Está referido -en sus 255 pp.- a las obligaciones de los DESC y de los Estados, especialmente a las estrategias de exigibilidad para el cumplimento o facticidad de los derechos, de las obligaciones de reconocimiento, protección y satisfacción de los DESC (:27-31). Se apoya en el PIDESC y principalmente en las Observaciones Generales del Comité PIDESC, las cuales, consideran con acierto "equivalen a su jurisprudencia en relación con el contenido del Pacto" (: 68), y ha tenido una aplicabilidad notoria en desarrollos jurisprudenciales, como se puede constatar en la justica constitucional colombiana (cf. Adenda infra).

Su aporte -visto desde la perspectiva del PdI- se constata en aspectos como el de la resolución de la dicotomía de las obligaciones negativas y positivas del Estado entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, que por demás liquida; las diferencias de grado de los derechos; el papel del Tribunal constitucional en estas materias y la solución de sus limitaciones judiciales, especialmente en los obstáculos de la exigibilidad de los derechos, que identifica y resuelve puntualmente. Asuntos que, vinculados con los aportes de Jesús González y Rodolfo Arango (cf. supra), fortalecen en forma decisiva la argumentación relacionada con el PdI en la fundamentación y aplicación efectiva de todos los diferentes tipos de derechos:

En cuanto a la dicotomía de las obligaciones –negativas y positivas- prueba[138] que en ellas existe un *continuum estructural* en el que *"Todo derecho – llámese civil,*

[138] Obligaciones también conocidas como de abstención o de no hacer y las de hacer, respectivamente.

político, económico, social o cultural- supone un complejo de obligaciones negativas y positivas del Estado, y por ende, es falso que exista alguna característica inherente a los derechos económicos, sociales o culturales que los pone insusceptibles de la tutela judicial" (:117). Aplicado en Colombia, por ejemplo, todo el accionar positivo del Estado se puede constatar en la muy importante inversión económica y social para garantizar la efectividad de la *seguridad democrática* en materia de derechos de la seguridad de las personas, para que no se presenten acciones vulneradoras de la integridad y de las libertades individuales (obligaciones negativas de no hacer violaciones).

Las diferencias de los derechos son *de grado a lo sumo. Radican en el peso simbólico* de algunas obligaciones que el Estado considera más importantes, según la valoración discrecional que éste hace de los derechos, sin tener que obedecer con lo dispuesto por el orden internacional de los DDHH, especialmente del PIDESC y las Observaciones Generales del Comité PIDESC con las que se debe integrar el bloque de constitucionalidad, tal como se constata en algunos avances jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana (infra):

Las obligaciones del Estado. La distinción de exclusividad de las obligaciones negativas de abstención -o de no hacer para los tradicionales derechos civiles y políticos- y de obligaciones positivas de hacer para los DESC son diferencias más de grado que sustanciales. De estas existen incluso reinterpretaciones de los derechos civiles desde la perspectiva social y de los derechos sociales desde la civil, de modo que "las distinciones absolutas también pierden sentido" (:26); su clasificación tiene "un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio": "…más o menos arbitrarias" (:27), distando de ser correctas (:32). Es una clasificación de derechos *no exhaustiva y demasiado genérica"* (:64), que por demás, no se reducen al Estado y son extensivas a los particulares (:120-121)-.

« ***En síntesis,*** *la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas por parte del Estado. Obligación de abstenerse en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Dada la coincidencia histórica de una serie de funciones positivas con la definición del estado liberal moderno, la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a "naturalizar" esta actividad estatal, y a poner énfasis sobre los límites de su actuación.*

Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y derechos económicos, sociales y culturales ***son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales.***

Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina <<derechos-prestación>>. Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho

a la preservación del medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente (:24-25).

...Podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a admitir un continuum de derecho, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de las obligaciones positivas o negativas que lo caractericen (:27).

... el complejo de obligaciones que puede abarcar un derecho es sumamente variado. Los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan justamente por involucrar un espectro amplio de obligaciones estatales. Consecuentemente, es falso que las posibilidades de justiciabilidad de estos derechos sean escasas: cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de obligaciones negativas y positivas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas (:36).

El incumplimiento de obligaciones positivas del Estado -también entendidas como omisiones del Estado en sus obligaciones de realizar acciones o tomar medidas de protección y satisfacción de los derechos-, *en modo alguno hacen impotente al tribunal constitucional frente a un legislador inoperante.*

Si bien, el incumplimiento de las obligaciones constituyen limitaciones a la justiciabilidad de los derechos que no resuelve de plano el Poder Judicial, dadas las características de éste ser *"el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública, el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia las personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida, la sustitución de medidas generales por decisiones ad hoc efectuadas por el juez en el caso particular pueden resultar también fuente de desigualdades indeseables, etcétera"».*

• Estas limitaciones se resuelven judicialmente, dado que:

- El Estado puede cumplir en parte con derechos "a través de regulaciones que extienden obligaciones a particulares, interviniendo en el mercado a través de reglamentaciones y del ejercicio del poder de policía, ejercido a priori (a través de autorizaciones, habilitaciones o licencias) o a posteriori (a través de la fiscalización)".

- Es posible reformular el incumplimiento del Estado "en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica (…) Podría señalarse que si la violación afecta a un grupo generalizado de personas, en la situación denominada

por el derecho procesal contemporáneo de derechos o intereses individuales homogéneos".(:42-43).

- Cuando se requiera de provisión de fondos por parte de los poderes políticos, "cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el Poder Judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de derechos económicos, sociales y culturales":

«… Resulta especialmente relevante a este respecto que sea el propio Poder Judicial el que «comunique» a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones en esta materia.

La lógica de este proceso es similar a la que informa el requisito del agotamiento de los recursos internos en materia de recursos ante el sistema internacional de protección de los derechos humanos: ofrecer al Estado la posibilidad de conocimiento y reparación de la violación alegada, antes de acudir a la esfera internacional a denunciar el incumplimiento.

Cuando el poder político no cumpla con las obligaciones frente a las que es «puesto en mora» por el Poder Judicial, amén de las posibles consecuencias adversas en el plano internacional, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población». (:45)

Aporte que concluye en este aparte, apoyándose en Alexy: *"Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [alemán], en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende desde la mera constatación, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución."* (:47).

• *En materia de exigibilidad de los derechos,* los obstáculos que identifica y resuelve puntualmente, son los siguientes:

- *El de la indeterminación de la conducta.* La indeterminación es un problema de cualquier derecho constitucional –"dado que se trata de *normas de mayor nivel de generalidad del orden jurídico… [en] el catálogo de principios fundamentales del Estado de derecho* [C. Fabre. Cit.]"(:124)-; la cual se resuelve con la "especificación de sus contenidos y límites, a partir de distintos procedimientos de afinamiento de su significado" en los órdenes legal, reglamentario, administrativo, así como, en lo jurisprudencial y dogmático –siendo las *Observaciones Generales del Comité de DESC y sus observaciones y recomendaciones* "un buen ejemplo" -(:122-123); con la determinabilidad fáctica, en *los cursos de la acción debida para el respeto, garantía y satisfacción del derecho (:125); y en la evaluación de razonabilidad o carácter adecuado, apropiado o idóneo (:126).*

- *La autorestricción del Poder judicial frente a cuestiones políticas y fácticas.*[139] Para los actos propios del legislativo o de la administración –recursos, políticas públicas, etc.-; "no hay definiciones esenciales o absolutas acerca del carácter <<político>> o <<técnico>> de una cuestión". No todas las obligaciones son de tal carácter; resulta posible juridificarlas (: 128-129), sin suplantarlos.

- *La ausencia de mecanismos apropiados.* Se ha venido resolviendo por la evolución constitucional y legal, doctrinal e institucional del derecho procesal contemporáneo [si bien, en forma asimétrica de los institutos procesales propios *de la tradición individualista y patrimonialista].*

- *La escasa tradición de control judicial.* Este obstáculo cultural y político, se resuelve cambiando la tradición y alentando el avance con "el planteo de casos judiciales sólidos" y la "gradual acumulación de precedentes judiciales". "…Nada mejor que recordar aquí la máxima hegeliana: 'A nadar se aprende nadando'". (:132).

• *Finalmente, en las vías de exigibilidad.* En el estudio de casos exitosos de exigibilidad *directa -por declaración de omisión estatal violatoria y de emplazamiento al Estado a realizar la conducta debida- e indirecta* (132-249)-, casos de los que bien se podría constatar su influjo e importación creativa en la citada jurisprudencia constitucional colombiana, por ejemplo con el cotejo de lo considerado y resuelto en sentencias modulatorias y de lo propuesto en el siguiente:

Balance:

a. *En cuanto al marco cognitivo del proceso judicial, en especial en el marco del procedimiento ordinario,* se evidencia: la reducción en el caso concreto; los límites y posibilidades de control de la decisión judicial –a diferencia de la política- basados en la razonabilidad jurídica y en la omisión de los otros poderes y la adecuación de estándares:

-. *Se debaten y resuelven cuestiones a partir de un caso concreto,* "que por definición resultan limitadas por la necesidad de recortar el objeto de la litis (…) la complejidad fáctica de un conflicto social se simplifica al traducirse en un caso judicial, la multiplicidad de factores vinculados con el diseño de una política social también se ve parcializada cuando se la analiza en el marco concreto de un proceso" (: 250).

"…muchos de los factores que podrían resultar relevantes a la hora de adoptar decisiones de política social pueden quedar excluidos de la materia que es objeto de debate judicial y que será la base de la decisión del juzgador". Se deja "de lado la valoración

[139] Lo cual se constituye a su juicio en "uno de los obstáculos centrales para exigir judicialmente derechos sociales" por " la amplia deferencia judicial hacia el poder administrador en aquellas cuestiones que revisten mayor complejidad técnica o que ponen en juego decisiones de diseño y ejecución de políticas públicas" en lo que es " dable reconocer que, por sus propias características institucionales, la judicatura no es el poder estatal llamado a desempeñar atribuciones centrales para adoptar decisiones complejas en materia de políticas sociales" (:249).

de una vasta gama de intereses que han de considerarse a la hora de fijar la política"; y se resta "capacidad para componer la totalidad de los intereses en juego en el conflicto originario. La decisión se limita a determinar qué parte prevalece en el proceso: una parte gana, y la otra pierde":

« *Sin embargo, estas circunstancias no eliminan las posibilidades de intervención judicial en el control de políticas sociales.*

El análisis de las circunstancias históricas que han llevado a un mayor activismo judicial en esta materia (...) está en directa relación con la existencia de factores políticos que le otorgaron al Poder Judicial una especial legitimación para ocupar nuevos espacios de decisión, anteriormente restringidos a los demás poderes del Estado.

No obstante, la intervención judicial en estos campos debe estar firmemente asentada sobre un estándar jurídico: la «regla de juicio» -para usar la expresión foucaultiana- sobre cuya base interviene el Poder Judicial no puede ser otra que un criterio de análisis de la medida en cuestión de «razonabilidad», «adecuación» o «igualdad», o el análisis de contenidos mínimos que pueden venir dados por las propias normas que fijan derechos (:250-251).

Le corresponde al Poder Judicial la tarea *"de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y -en caso de hallar divergencias- reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia »(:251):*

"Cuando las normas constitucionales o legales fijen pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida.

Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un «diálogo» entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos. Sólo en circunstancias excepcionales, cuando la magnitud de la violación o la falta completa de colaboración de los poderes políticos lo ha justificado, los jueces han avanzado en la determinación concreta de las medidas que deben adoptarse a partir de su propio criterio" (:251).

b. *En cuanto a las líneas tentativas de situaciones-tipo* en las que el Poder Judicial debe *verificar el cumplimiento de estándares jurídicos en el diseño y ejecución de políticas públicas (Ibíd.),* desagregan las siguientes observaciones de: modulación del fallo; reformulación de las medidas de las otras ramas del poder para la adecuación a estos –los estándares- o ante la ausencia de estas la posibilidad de establecerla para el caso:

"- *Intervenciones judiciales que tienden a juridificar medidas de política pública asumidas por el Estado sin entrar en la valoración de la propia política pública -esto es,*

a transformar medidas formuladas por el Estado dentro de su marco de discrecionalidad en obligaciones legales y, por tanto, sujetas a sanciones jurídicas en caso de incumplimiento-. En su análisis, el tribunal acepta la medida diseñada por los otros poderes del Estado, pero transforma su carácter, de mera decisión discrecional en obligación legal. El Poder Judicial se transforma así en garante de la ejecución de esa medida". (:251-252)

En casos, coincidiendo con lo reclamado por los demandantes, otorgándole carácter obligatorio *"y su ejecución no queda librada solamente a la voluntad del órgano que la formuló"; convirtiendo "la medida discrecionalmente formulada en obligación legal, es decir, la determinación de la conducta debida" o; imponiendo la ejecución de la medida "es decir, el control «interno» de cumplimiento de la política en los propios términos en que ella fuera formulada" (:252).*

En el examen judicial de "compatibilidad de la política pública con el estándar jurídico aplicable y, por ende, su idoneidad para satisfacer el derecho en cuestión", si se considera es incompatible con el estándar "reenvía la cuestión a los poderes concernidos para que ellos la reformulen" por estándares de "razonabilidad, adecuación, no discriminación, progresividad/no regresividad, transparencia, etc." (ibíd.).

En las "situaciones en las cuales, ante la pasividad de los demás poderes, el tribunal verifica la existencia de una única medida de política pública adecuada, es decir, la inexistencia de alternativas para satisfacer el derecho en cuestión (…) En estos casos, a diferencia de los anteriores, el Poder Judicial es el que asume la elección de la medida que debe adaptarse, y, por ende, de la conducta debida".

c. *De las dificultades para imponer el cumplimiento de mandatos judiciales que imponen a otros poderes obligaciones de hacer, especialmente cuando se le requieren reformas de gran escala o cuando la actividad encomendada exige períodos prolongados de tiempo:* la posibilidad de seguimiento institucional público o de *una instrucción fijada en términos generales* y construida interinstitucionalmente:

   Una primera práctica judicial tendiente a superar ese problema ha sido el recurso a poner en cabeza de un órgano de control independiente (como el Defensor del Pueblo o la Comisión de Derechos Humanos) el seguimiento de las medidas adoptadas por el Estado para cumplir con el mandato judicial (…) algunos de los aspectos que tornarían más adecuada la actuación judicial en estos casos; en la necesidad de:

   - Supervisión constante y relevamiento de información,
   - Adecuar las instrucciones a condiciones cambiantes en la etapa de ejecución, a partir de un mandato judicial previo con valor de cosa juzgada,
   - De «diálogo» con la autoridad estatal encargada de implementar las instrucciones, etc.

"(…) Una segunda fuente de inspiración para imaginar un régimen procesal acorde con las necesidades del control judicial de políticas públicas es aquel que rige en procedimientos especiales tales como el de quiebras o el de sucesiones (…) Estos procedimientos, aunque firmemente sustentados en principios jurídicos, se estructuran a partir de necesidades que se acercan más a la noción de justicia distributiva que a la de justicia conmutativa, que es la que parece regir los procedimientos ordinarios. Sin embargo, existe firme consenso respecto de la factibilidad del desempeño del Poder Judicial en estas tareas".

" *Un punto que sería importante tener en cuenta es que, en este tipo de casos, la actuación judicial en la etapa de ejecución no consiste en la imposición compulsiva de una condena, entendida como una orden detallada y autosuficiente, sino en el seguimiento de una instrucción fijada en términos generales, cuyo contenido concreto se va construyendo en el curso de la instancia a partir del «diálogo» entre el juez y la autoridad pública. De modo que la sentencia, lejos de constituir la culminación del proceso, opera como un punto de inflexión que modifica el sentido de la actuación jurisdiccional: desde su dictado, es al Estado a quien le corresponde diseñar el modo en que cumplirá las instrucciones del juez, y el tribunal se limitará a controlar la adecuación de las medidas concretas adoptadas con el mandato que ha impartido". (:255).*

Párrafo final de este aporte importante en el avance del derecho y la justicia en la materia visto en la perspectiva del PdI, que como lo anticipamos se puede constatar, por ejemplo, en la jurisprudencia constitucional colombiana (infra) con la tutela sobre el desplazamiento forzado o la que ordena medidas de orden legislativo o administrativo para el derecho a la salud, entre otras que pasaremos adelante a observar.

6. LOS DERECHOS HUMANOS DEL ESTADO SOCIAL COMO AVANCE DEL ESTADO DEMOLIBERAL-CONSERVADOR DE DERECHO. APROXIMACIÓN

De conformidad con lo que se ha venido planteando en este estudio, *el ESD* desde los derechos humanos *se concibe como el tránsito de los Derechos fundamentales a medias (Dfm) a los Derechos Fundamentales integrales (Dfi)* y se concreta, en los pasos de la libertad e igualdad individual ante la ley a la libertad e igualdad social "real y efectiva" en la vida, de la ciudadanía civil y política a la ciudadanía social, económica y cultural (plena). En un proceso que se inscribe en el reconocimiento de que *quienes necesitan trabajar no les basta con el Estado de derecho [demoliberal capitalista. Capc.]* especialmente, cuando se carece de ingresos para atender las necesidades básicas que los constituye en sujetos de especial protección, y para lo cual se *requiere del Estado Social de Derecho (ESD)*[140], [que se estructura en la libertad democrática Capc.].

[140] José M. Rodríguez de Santiago 2007: p.34

En el ESD la libertad e igualdad material se da en un proceso normativo, social y contextual, que tiene por finalidad sustancial superar *las diferencias entre libertad individual e igualdad formal ante la ley -propias del Estado demoliberal-,* con el concurso de la sociedad dominante, en un modelo de economía social de desarrollo humano y la idónea administración social del Estado, que según José M. Rodríguez plantea:

La responsabilidad ante el individuo en la necesidad y la pobreza, con "un mínimo existencial adecuado a la dignidad de la persona"; 2. Más igualdad social y "control sobre las relaciones de dependencia"; 3. "Seguridad social frente a los riesgos y contingencias vitales", y 4. Responsabilidad de promover la situación económica para la participación democrática de todos en el bienestar[141], a los cuales, se desagregan los componentes social y prestador -éste último en "la garantía de la seguridad y la generalidad del suministro de servicios"- y en lo estrictamente institucional del Estado, la regulación normativa y programática y el "marco organizativo y procedimental adecuado" para hacer efectivas las clausulas sociales[142].

El paso de la ciudadanía civil y política a la ciudadanía plena, retoma lo concebido por Marshall-Bottomore 98, en cuanto *igualdad humana básica de pertenencia a una comunidad identificada claramente con el status de ciudadanía* (Abendroth W. y otros.1986:: 20-21)[143]-; como ciudadanía social en justicia social, que *"limita y permite al mercado funcionar* [diría, sin mercantilizar los derechos fundamentales], y es, en su parecer, *"la última fase de una evolución de la ciudadanía"* (Ibíd.: 22). Esta ciudadanía social abarca –en esbozo de constructivismo conceptual que aquí se ensaya- *desde el derecho a la seguridad y a un mínimo de bienestar económico al de compartir plenamente la herencia social y vivir la vida de un ser civilizado conforme a los estándares predominantes en la sociedad* (Ibíd.:23) y, se da, en aplicación del principio del "mínimo garantizado", eliminando *"las desigualdades que no podemos considerar legítimas (...). En una teoría de la justicia social "combinada con la necesidad económica" (Ibíd.: 76), en la que, "la sociedad garantice los aspectos esenciales de una vida segura y decente, sea cual fuere el dinero que se gane"* (Ibíd.: 80). De unos *"derechos humanos, en la estructura de la desigualdad social"* [no ilegítima ni atentatoria de la dignidad humana. Cap] (Ibíd.: 82), expresión con la que se concluye este aleccionador y concluyente ensayo[144].

La vinculación del Estado social y el Estado de derecho –acogiéndonos a lo manifestado en su oportunidad la Corte Constitucional colombiana (Sentencia SU-747/98 C.Const. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)-, contiene como *Estado de derecho:* participar de la condición de estar *reglados* por normas jurídicas producidas democráticamente que los hacen ceñirse al derecho y su actuación regirse por las normativas fundamentales.

---

141 Ibíd. p.23- 26.

142 Ibíd. Pp. 40-41.

143 Citado en: Aproximación al principio de la integralidad de los derechos humanos en los derechos fundamentales. Bogotá, 2008.

144 Ibíd. p.137.

En su componente de *Estado democrático,* sus autoridades *"ejercen esa calidad en virtud de la voluntad de los ciudadanos, la cual se expresa a través de las elecciones";* y la ciudadanía, *en su relación con el poder público,* no se limita *"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 (...) la voluntad de las mayorías no puede llegar al extremo de desconocer los derechos de las minoría ni los derechos fundamentales de los individuos" (Ibíd.).*

Así el Estado social en el Estado de derecho adquiriría su adaptación, reajuste y especificidad en las *teorías de justicia liberal*-conservadora[145] que positivizan los derechos sociales y requieren del Estado su intervención administrativa y económica de los derechos sociales (Elías Díaz 81. pp.83-84), sin alcanzar la igualdad material que preconiza el socialismo liberal[146]. Las teorías liberal conservadoras -como también lo ha observado la Corte Constitucional colombiana- se pueden visualizar en la siguiente consideración, que reafirma y reitera sus características esenciales:

"*A diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado Social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional."* (Sentencia C-1064/01. Magistrados ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa -uno de los artífices de la CPC91- y Jaime Córdoba Triviño, primer Defensor del Pueblo en Colombia.).

El ES se dirigiría *"a garantizar a los asociados condiciones de vida digna, contrarrestando las desigualdades sociales existentes y ofreciendo a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales"* (Sentencia SU-747/98 C.Const. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz) y comportaría *"contenidos tanto de participación en la prosperidad general, de seguridad frente a los riesgos de la vida en sociedad, de equiparación de oportunidades como de compensación o distribución de cargas"* (Ibíd. C-1064/01).

No obstante la forma de Estado liberal-conservador, vista en su distanciamiento e independencia del ES -sin vínculo de estructura y actuación- o con un Estado social doblegado o subordinado por la forma neoliberal, permite evidenciar sus propias especificidades de existencia, las cuales es preciso no confundir o fusionar, indistin-

[145] Jesús González Amuchastegui. *Concepto y Fundamento de los Derechos Humanos;* Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2001. Pp.13-26. En: Una Teoría de la Justicia Basada en Derechos-Características de las Teorías de los Derechos Humanos.

[146] Ibíd.

tamente y por definición formal, en una especie de concepto ecléctico de ESD que llega a velar o enajenar su relación real con el modelo de desarrollo socioeconómico que cohesiona y representa efectivamente, haciendo pasar sus resoluciones como las propias de aquel Estado que tiene diluido en su mera informalidad y al que dice representar.

En cuanto a las diferencias, en general, estas se presentan en las relaciones construidas entre el Estado y la sociedad civil: *"así, mientras que el primero busca ante todo limitar el poder* [dadas las condiciones de progresividad resueltas. Cap.] *se encuentran, de tal manera que no pueda amenazar los derechos y libertades de los ciudadanos, el segundo acoge esa limitación del poder, pero también precisa que el Estado debe cumplir con unos fines sociales en la sociedad, lo cual implica que intervenga en ella" (Ibíd.)*. El doblegamiento o subordinación del Estado social se surte y evidencia en lo planteado por las teorías críticas del Estado y, en especial, en perspectiva de derechos, en lo observado por Joaquín Herrera así como también en informes autorizados que se refieren a la situación de los DESC y al desarrollo humano.

En los momentos de interrelación del liberalismo y el conservatismo social, se logran algunos alcances significativos y evidenciables en asuntos como el avance de la democracia representativa a la participativa, las libertades reconfiguradas en el pluralismo, la trascendencia del carácter meramente individual al vínculo con lo social y colectivo; la competencia de reserva del poder constituyente, el legislativo, el ejecutivo y el judicial así como sus adecuaciones institucionales y de actuación pública; la resignificación de los derechos fundamentales y la reformulación de las políticas y agendas públicas y de la propiedad en función e interés social, que se pretenden garantizar y hacer sostenibles.

A nuestro juicio, tales desarrollos, para el estudio exhaustivo en el Estado demoliberal -en conjunto con sus alcances, límites en el estado de cosas inconstitucional, derechos como el mínimo vital, los de la población desplazada y a la salud, entre otros-, deberá considerar también temas como los tratados en uno de sus modelos significativos considerados en la jurisprudencia constitucional colombiana[147]. Por ejemplo y en orden alfabético:

"*Acciones afirmativas de sujetos de especial protección; competencias de las ramas y entidades y atribuciones o facultades y funciones de las autoridades; capacidad contributiva; carrera administrativa; prioridad del gasto público social; la cláusula del ES; delitos violatorios del ES; principio, derecho y deber de la solidaridad; derecho de la igualdad en el ES; derecho a la vida digna; derechos al mínimo vital, al trabajo, a la asociación sindical y a la seguridad social; derecho de propiedad en el ES; dignidad humana en el ES; sus implicaciones en el campo político, social, econó-*

[147] CConst. Relatoría (3.10.2010). 256 registros.
http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/tematico.php?vs=256&pg=1&campo=/&sql=Estado%20social%20de%20derecho.

mico, ecológico y cultural; diferencias con el Estado de bienestar[148]*;el ESD (concepto, alcance, aplicación, contenidos, consecuencias, cumplimiento, garantía, filosofía, finalidad, importancia, justificación, legitimidad, manifestaciones, obligaciones, origen, normativa, principio rector, principios tributarios, políticas, protección, posición jurídica, realización, respeto, responsabilidad, significado, vigencia y vulneración, entre otros)".*

Con este delineamiento básico de comprensión y comparación, bien se puede contrastar la existencia del Estado social [149], constatando que se conforma un tipo que se

---

[148] Al respecto, lo observado por la Sentencia C-1064/01. Magistrados Ponentes: MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA-uno de los artífices de la CPC91- y JAIME CORDOBA TRIVIÑO, primer Defensor del Pueblo en Colombia, es suficientemente ilustrativo:

> Por otra parte, es importante subrayar que el Estado Social de Derecho como fórmula política no es idéntico, ni su relación necesaria con el modelo económico del "Estado de bienestar". El Estado de bienestar es compatible con el Estado Social de Derecho pero no es su única manifestación institucional. Tal diferencia ya ha sido subrayada por esta Corporación en una anterior ocasión cuando sostuvo:
>
> "El llamado Estado de bienestar o Welfare State, tan criticado por doctrinas contrapuestas como el liberalismo tradicional o la teoría marxista, no es consecuencia necesaria del carácter social de nuestro Estado de derecho.
>
> Por el contrario, éste trasciende las contradicciones que el primero evidenció históricamente. En efecto, el Estado de bienestar, que pretendió promover a extensos sectores marginados de los beneficios sociales a través de una política económica basada en la construcción de obras públicas, en el subsidio a diversas actividades de producción y en la extensión de servicios gratuitos, desembocó en muchos casos en crisis fiscal y evidenció sus contradicciones al transferir más poder a los grupos poderosos de la sociedad contratados por el mismo Estado para acometer sus proyectos y liberados por éste de la prestico administrativo y su ineficiencia para resolver los problemas de una sociedad capitalista compleja.
>
> El Estado como instrumento de justicia social, basado en una economía social de mercado, con iniciativa privada, pero en la que se ejerce una cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos, permite corregir los excesos individuales o colectivistas.
>
> El sistema económico en el Estado social de derecho, con sus características de propiedad privada de los medios de producción, libertad de empresa, iniciativa privada e intervencionismo estatal, está orientado según un contenido humano y por la aspiración de alcanzar los fines esenciales de la organización social. Por ello, el ordenamiento jurídico consagra tanto derechos programáticos, que dependen de las posibilidades presupuestales del país, como derechos prestacionales[14] que dan lugar - cuando se cumplen los requisitos para ello - al ejercicio de un derecho público subjetivo en cabeza del individuo y a cargo del Estado."[15]
>
> Cabe resaltar, pues, que a diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado Social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional.

[149] "La formulación de la idea del Estado social, más concretamente de la idea del Estado social de derecho, se le debe a Hermann Heller, quien a su militancia socialdemócrata unía la de ser uno de los más destacados tratadistas de teoría política del Estado entre los años veinte y treinta. Heller se enfrenta con el problema concreto de la crisis de la democracia y del Estado de derecho, el que, en su criterio, es preciso salvar no sólo de la dictadura fascista sino también de la degeneración a que le ha conducido el positivismo jurídico y los intereses de los sectores dominantes. Estos lo habían convertido en una idea sin contenido o incapaz de enfrentar la irracionalidad del sistema capitalista generadora de un nuevo feudalismo económico encubierto por el Estado formal de derecho y la irracionalidad fascista. La solución no está en renunciar al Estado de derecho

integra y subsume en las formas, en vínculo de "interrelación e interdependencia" del derecho social liberal conservador, propio de la impronta del liberalismo socialdemócrata y del conservatismo socialcristiano, que limita la maduración o desarrollo pleno del Estado social y democrático de derecho, si bien, como se ha observado, comparte la base común en el derecho y la democracia demoliberal y la producción de la forma atemperada o cooptada del ESD.

Es un Estado social de derecho estancado y "enjaulado" en el Estado liberal conservador insuficiente o precario –es decir también, a medias-, y sometido a un estado de cosas inconstitucionales de derechos sociales, sin solución e indefinido, que plantea una crisis estructural que como lo previó Elías Díaz, termina en "acabar por hacer de aquel una simple cobertura formal de una dictadura capitalista, frustrando así esa vía occidental hacia la democracia", que para su solución debe trascender a un modelo de desarrollo socioeconómico de seguridad humana, en el que la posibilidad real de realización general, se concrete en alternativas como las propuestas por la *visión crítica, integral y contextualizada* de Joaquín Herrera[150], en la forma de Estado democrático o del socialismo liberal vislumbrado por Jesús González, según lo expuesto en el capítulo anterior.

A su vez la crisis planteada –que impide la construcción suficiente del ESD, se agrava al enfrentarse al "muro" infranqueable de un *Estado neoliberal hegemónico que "privatiza lo público" y desmonta o coexiste en fuerte tensión con el Estado social (Echeverri, 2002, p.144-151- Sánchez, 98, pp. 147-157)*– para su solución en los tiempos contemporáneos, presenta sus primeras reformulaciones del Estado -que se empieza a concebir como Posbenefactor del sector privado de la economía- , las cuales podrán reincidir en la simple readecuación de "lo mismo con las mismas" o en su radical desestructuración.

---

sino en darle un contenido económico y social, realizar dentro de su marco un nuevo orden laboral y de distribución: sólo el Estado social de derecho puede ser una alternativa válida frente a la anarquía económica y frente a la dictadura fascista y, por tanto, sólo él puede ser la vía política para salvar los valores de la civilización". García Pelayo, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid, Alianza, 1982, págs. 16-17. Sft. Citado en: http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/09/ind_2.pdf (p.25.)

"La fórmula política del Estado Social de Derecho surge en la posguerra europea como una forma de organización estatal que pretende corregir las limitaciones de la concepción clásica del Estado de derecho, expresión política de una sociedad compuesta por individuos concebidos abstractamente como libres e iguales. (...) [L]a recesión económica de la primera posguerra y la expansión de las ideas socialistas, acompañadas de reacciones de corte igualitario dentro de las doctrinas liberales y conservadoras, así como la creciente industrialización y tecnificación de las sociedades, vinieron a dejar en claro hasta qué punto el ser humano no es realmente libre e igual debido a limitaciones naturales y sociales, dentro de las cuales sobresalen las económicas. Es por ello que se acepta que, en muchos casos, la libertad y la igualdad requieren para su realización medida, acciones, prestaciones, servicios, que la persona, por sí misma, no puede asegurar. El Estado de derecho evolucionó así, de un Estado liberal democrático a uno social, también democrático, animado por el propósito de que los presupuestos materiales de la libertad y la igualdad para todos estén efectivamente asegurados".

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1064 de 2001. Ibíd. p.26.

[150] Formulada en DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO en: http://www.upo.es/postgrado/doctorado.php y como visión crítica, impulsada desde la Fundación Iberoamericana de derecho humanos.

Cabe recabar que en cuanto al cumplimiento de los fines relacionados con los derechos sociales propios de un Estado Social y Democrático -no meramente formal-, reconoce seriamente su importancia -y nos los deja en mera formalidad normativa desvinculada de la realización o aplicación efectiva de los derechos-, y para su vigencia, los califica y trata en forma fuerte como derechos fundamentales, estableciéndolos como derechos fundamentales autónomos con garantías suficientes de aplicabilidad. En la forma blanda no se catalogan en la normativa constitucional como tales y, en el mejor de los casos, los considera como fundamentales por vía jurisprudencial de conexidad en relación con otros derechos que sí reconoce como fundamentales. El ES, para no quedar reducido a la precariedad y a veces a la impotencia de protección inmediata que se visibiliza -por ejemplo, en el indispensable y limitado Estado de Cosa Inconstitucional (ECI)-, y en procura de la garantía material efectiva y el cumplimiento eficiente de los fines esenciales de carácter social, se propone determinar y dirigir el modelo de desarrollo y el tipo de Estado en la perspectiva de seguridad humana o de integralidad trazada por la ONU. Reiteramos, que tal configuración la creemos realmente posible, en forma coherente y consecuente, en el concepto de derechos humanos del socialismo liberal de Jesús González, lo cual precisa de avances analíticos y consecuencialistas importantes como los formulados, por ejemplo, por el profesor Rodolfo Arango, en materia de DSF y mínimos vitales irreductibles -"no máximos", como algunos los entienden- y en contribuciones como las de Abramovich-Courtis, Amartya Sen, y la portentosa crítica alternativa de Joaquín Herrera, a las que creo que se podrían adicionar algunos aportes y avances de sistematización, como el que presento en este trabajo.

C. La jurisprudencia constitucional colombiana en la integralidad

Defensoría del Pueblo. Observatorio de justicia constitucional.

1. El concepto sobre el derecho al mínimo vital y el concepto de derechos sociales fundamentales en la jurisprudencia constitucional colombiana como avance del PDI

La Corte Constitucional colombiana, por la vía del *Bloque de Constitucionalidad*[151] que se funda en el artículo 93 de la Constitución Política, ha venido incorporando la

[151] Bloque de constitucionalidad. Concepto y normas que lo integran:

…Resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad stricto sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se durante los estados de excepción (C.P., artículo 93). C-191 de 1998.

(…) Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias".

jurisprudencia pública internacional de los derechos humanos, según los tratados y convenios que responsabilizan al Estado en la materia. Particularmente, en las obligaciones de los Estados sobre los DESC, las de carácter inmediato y para la *garantía de niveles esenciales*[152], así como las de progresividad y el concepto de prohibición de regresividad (Abramovich-Courtis 2004, cap. 2[153])

Como bien lo enfatizaron Abramovich-Courtis en el 2004, los tratados de derechos humanos *condicionan todo el ejercicio del poder público, incluido el que ejerce el poder judicial, al pleno respeto y garantía de los instrumentos:*

"Es evidente que en la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no tiene como único objeto servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución sino que, necesariamente implica condicionar todo el ejercicio del poder público, incluido el que ejerce el poder judicial, al pleno respeto y garantía

---

… cuáles normas integran el bloque de constitucionalidad, tanto en sentido estricto como en sentido lato. "Así, conforme a esa dogmática, habría que concluir que hacen parte del bloque en sentido estricto (i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, y (vi) la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales. Como es obvio, esta lista genérica incluye específicamente los convenios de la OIT y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional. Y de otro lado, para integrar el bloque en sentido lato, habría que agregar a las anteriores pautas normativas (i) las leyes estatutarias y (ii) las leyes orgánicas, en lo pertinente" (Cursivas fuera de texto).

En: EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Rodrigo Uprimny.En: http://www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=7&id_publicacion=72

[152] Existe una obligación mínima de los Estados de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (Principios de Limburgo, principio 25; Principios de Maastricht, principio 9; OG N° 3, punto 10). Se trata del punto de partida en relación a los pasos que deben darse hacia su plena efectividad.

«*El Comité considera que esa obligación surge del artículo 2.1 del Pacto. En algunos casos implicará adoptar medidas que conlleven algún tipo de acción positiva, cuando el grado de satisfacción del derecho se encuentre en niveles que no alcancen los mínimos exigibles. En otros casos tan sólo requerirá conservar la situación, no retroceder.*

Señala el Comité que «un Estado en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser» (OG n. ° 3 punto 10; en sentido similar, Principios de Maastricht, principio 9)»(: 40).

"El Comité ha intentado definir el contenido básico de algunos derechos del Pacto. Por ejemplo, en materia de derecho a la salud, ha establecido que los Estados tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud. Entre estas obligaciones básicas se encuentran, como mínimo, la de garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial para los grupos vulnerables o marginados; asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos (…)" (:89). Abramovich-Courtis 04. Cit.

[153] Ibíd.

de los instrumentos. Dada la jerarquía constitucional otorgada a los tratados de derechos humanos, su violación constituye no sólo un supuesto de responsabilidad internacional del Estado sino, también, la violación de la Constitución misma" (:72).

La interpretación de cláusulas del PIDESC -realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- son "una guía ineludible para la aplicación de dicho instrumento por parte de los tribunales internos" (ibíd.: 76), así como la doctrina internacional de los derechos humanos, la Constitución nacional, la tradición jurídica –y sus renovaciones- en "sus precedentes históricos y sus instituciones políticas" (ibíd.: 78).

Así lo evidencian las sentencias sobre el mínimo vital, en las de seguridad social en salud así como en la del acceso al agua potable y las del desplazamiento forzado:

a.1. El concepto jurisprudencial sobre el derecho al mínimo vital en la Corte Constitucional colombiana. "El mínimo vital es sin duda un aporte de la jurisprudencia de la Corte al derecho constitucional mundial". Arango-Lemaitre, 2002 (:69).

La jurisprudencia constitucional colombiana sobre el derecho al mínimo vital[154] es la investigación pionera en Colombia sobre el tema (:129 pp.). En ella se muestra buena parte de lo aportado por Rodolfo Arango y se puede entender, en forma cabal, el significado concreto del mínimum indispensable para la existencia real, no sólo formal y precaria, del Estado social de derecho en los ámbitos nacional e internacional, sin el cual *"es prácticamente imposible lograr el objeto constitucional enunciado dentro de los postulados del Estado Social de Derecho".*

Desde su presentación, el texto nos resuelve el concepto de derecho fundamental al mínimo vital como **"el derecho que tiene toda persona a condiciones mínimas de existencia"** y sobre su papel e importancia, nos precisa:

"*El mínimo vital juega hoy en día, entre otros, el papel de derecho fundamental, de criterio para establecer la fundamentalidad de derechos prestacionales, de condición empírica para establecer la conexidad entre derechos de prestación y derechos fundamentales, de núcleo esencial del derecho al trabajo y de condición de procedibilidad de la acción de tutela (...) constituye un importante aporte del constitucionalismo colombiano al desarrollo de los derechos humanos en sociedades "no bien ordenadas", caracterizadas por situaciones estructurales de desigualdad y disfuncionalidad de los mecanismos democráticos" (:7).*

[154] Rodolfo Arango y Julieta Lemaitre.02. *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital.* Bogotá, Universidad de los andes-CIJUS.129 págs. El equipo de investigadores estuvo integrado por: Clara Burbano, Everaldo Lamprea y Pablo Rueda con la asistencia de: Juliana Vargas y Ana Manuela Ochoa. Nos apoyamos en su integridad en este acápite, con algunas notas nuestras.

O, si se acoge el concepto de una de las sentencias que se observan adelante, se trata de *"los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponde a las exigencias más elementales del ser humano".*

El concepto se concreta en las subreglas constitucionales[155] de protección del mínimo vital a las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, a los trabajadores, a personas de la tercera edad pensionadas, a mujeres embarazadas, a disminuidos físicos, a privados de la libertad o a los que están en la indigencia.

En efecto, protege a los trabajadores frente a la mora en el pago del salario -cuando este constituye la única fuente de ingreso del trabajador-, a las personas de la tercera edad que esperan infructuosamente el pago de mesadas pensionales atrasadas, a las mujeres embarazadas despedidas como consecuencia de su situación de gravidez, a los disminuidos físicos frente a exclusiones de los planes de salud en materia de tratamiento y medicamentos, a las personas privadas de la libertad en las cárceles o a las personas en estado de indigencia. *Su "... falta de desarrollo conceptual y metodológico en la jurisprudencia constitucional, se ve compensada por una clara defensa de una interpretación constitucional con centro en la persona humana, su dignidad y su fragilidad, lo que está en consonancia con el espíritu humanista, garantista y solidario de la Carta de 1991"(:8).*

---

[155] **Las subreglas o reglas jurisprudenciales.** Son aquellas que la Corte ha ido estableciendo en sus sentencias de constitucionalidad o de tutela para dar contenido a los derechos constitucionales a partir del estudio de casos concretos y que sirven de referencia para la adopción de decisiones posteriores en otros casos similares.

…Las sub reglas expresadas en las sentencias de la Corte Constitucional son precisadas a partir de la combinación de tres elementos esenciales: i) una síntesis de los hechos que originan el pronunciamiento de tutela o del contenido de las normas que fueron demandadas por inconstitucionales; ii) una síntesis de los fundamentos jurídicos en los cuales se apoya la Corte para adoptar una decisión de protección o no de derechos fundamentales o, de exequibilidad o inexequibilidad de una norma; y iii) una síntesis de la decisión adoptada por la Alta Corporación. A su vez, las sub reglas son identificada con un título corto pero sugestivo de su contenido. (http://www.defensoria.org.co/pdf/observatorio/OJC_present.pdf)

La formulación de las sub reglas constitucionales acuñadas por la Corte Constitucional en sus sentencias siguen el instructivo metodológico del Ojc. "En este se explica cómo dichas subreglas se estructuran a partir de tres elementos esenciales: la síntesis de (a) los hechos que originan el pronunciamiento de tutela o del contenido de las normas que fueron demandadas por inconstitucionales; (b) los fundamentos jurídicos en los cuales se apoya la Corte para adoptar la decisión, y (c) la decisión adoptada por la respectiva Corte. A partir de estos elementos (…) redactan la información relevante sobre cada uno de los fallos analizados y formulan con ella las subreglas contenidas en la decisión". En: http://www.defensoria.org.co/pdf/observatorio/tomo1.pdf

Observatorio de Justica Constitucional. Defensoría del Pueblo. Tres lustros de jurisprudencia constitucional. Tomo1.2009.

Las subreglas constitucionales sobre el mínimo vital. Son formulaciones creadas por la Corte Constitucional "que permiten aplicar el derecho abstracto a un caso concreto a través de reglas jurídicas básicas prescriptivas, generales y abstractas" (que toman el texto constitucional, "que es muy general" y lo aplican "a una situación concreta"). Su función es "permitir que el juez constitucional proteja los derechos fundamentales de una manera uniforma, sin violar el derecho a la igualdad" (:23).Su posibilidad en la función judicial es la de que se unifiquen mediante "un ejercicio de sistematización" y en la función legislativa, la de "elevar algunas subreglas a ley" (:67).

Dada su importancia y aporte, a continuación ilustramos algunas de sus consideraciones especiales:

- **El derecho al mínimo vital es un derecho fundamental innominado.** La afirmación de que un derecho fundamental al mínimo vital como derecho positivo[156] no es un derecho fundamental por ser innominado e implicar acciones positivas -"muchas veces en el gasto de recursos monetarios"- de carácter progresivo, contraviene el desarrollo jurisprudencial constitucional colombiano, que le otorga precisamente la categoría de derecho fundamental innominado:

"*Esta jurisprudencia del derecho fundamental innominado al mínimo vital se inició con la Sentencia T-307 de 1998, cuyo magistrado ponente fue Eduardo Cifuentes, y fue construida "a partir de la interpretación sistemática de la Constitución" y de la importación del concepto afín "Existenzminimun o "mínimo existencial". Concepto acuñado por la jurisprudencia administrativa alemana en la época de la posguerra" (BVerwGE 1, 159, 161 ff. Tribunal Superior Administrativo; cit.)*[157]*, que pone en cuestión la rígida clasificación inicialmente planteada, para "proteger a las personas cuando el incumplimiento de sus derechos sociales amenaza con causarle una lesión severa a su derecho a la dignidad o a la vida" (:7).*

- **Los derechos que requieren de una condición fáctica para su realización, una vez esté resuelta pasan a ser legalmente exigibles, según el "principio de progresividad".** La consideración de que los derechos sociales no pueden garantizarse por tratarse de derechos que implican muchas veces gastos presupuestales, es *"una errónea conclusión que ha logrado anidar entre nosotros: los derechos sociales-positivos, que implican muchas veces gastos presupuestales, no pueden garantizarse del mismo modo que los fundamentales negativos. En este orden de ideas, los derechos sociales positivos no podrían reclamarse como derechos de*

---

[156] *Los conceptos de derechos positivos y negativos.* A partir de los conceptos de derechos positivos y negativos y de la correlatividad entre derechos y deberes "puede decirse que alguien posee un derecho negativo cuando otra parte tiene el deber correlativo de no hacer o de dejar de hacer algo" y que "alguien es titular de un derecho positivo cuando existe el deber, en cabeza de un particular o del Estado, de ejecutar actos dirigidos a la garantía de tal derecho, y que implican el gasto de recursos cuantificables en dinero, tiempo, etc."(:3). Esta distinción –observan- fue calificada de falaz (Henry Shue) al tratar de asignarse exclusivamente a un tipo de derecho (fundamentales: negativos; progresivos: positivos), lo cual se contradice, por ejemplo, con "derechos típicamente negativos como los relacionados con la integridad personal, [que] requieren un deber correlativo representado en inmensos gastos presupuestales (basta sólo pensar en el mantenimiento de unas fuerzas armadas y de policía, sin lo cual resulta impensable la garantía de la integridad personal de los ciudadanos)", ha resultado "ser prácticamente parte del sentido común, y tiene gran incidencia en el concepto de mínimo vital":

[157] Concepto de dignidad humana que, por ejemplo en la JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, lo podemos también constatar, entre otros, en la Sentencia de la Sala Primera de 21 de junio de 1977 -1 BvL 14/76-, cuando expresa que: "Los presupuestos básicos de la existencia individual y social del ser humano deben conservarse. Del art. 1 inc. l LF, en concordancia con el principio del Estado Social, se deduce la obligación del Estado –y esto es válido en especial para el cumplimiento de una pena- de garantizar un mínimo de existencia, que asegure ante todo una existencia digna…". En: JÜRGEN SCHWABE 03. CINCUENTA AÑOS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN: Compilación de Sentencias. Montevideo, Bonn, Bogotá. Konrad-Adenauer-Stiftung. Gustavo Ibáñez.

cumplimiento inmediato (como sí es el caso de los negativos-fundamentales), en tanto se trata de derechos de carácter progresivo", en los que -siguiendo el concepto de "meta-derechos" de Sen-:

"los derechos fundamentales-negativos son un derecho a x (pudiéndose llenar este X con el derecho a la vida, a la igualdad, etc.), los derechos sociales-positivos son derechos a p(x),), esto es, derechos a políticas p orientadas a alcanzar el derecho x. Sen muestra cómo en un país con un sistema de seguridad social débil, la realización del derecho a medios adecuados de subsistencia puede ser reforzado mediante la idea de los meta-derechos, mientras que en países con sistemas de seguridad social consolidados puede ser tenido como un derecho legal exigible directamente" (:4), "lo que nos pone frente a derechos que requieren de una condición fáctica para su realización, que una vez esté resuelta pasan a ser legalmente exigibles, difiriendo el asunto del sistema débil al "principio de progresividad" inferido por el meta-derecho; que es, según Sen, el derecho a p(x), a algo x [que] puede ser definido como el derecho a tener políticas p(x) que persigan genuinamente el objetivo de hacer realizable el derecho (X)" (Sen, 2002:15)[158].

- ***Criterios de definición, concepto, contenido y funciones del mínimo vital.*** En las sentencias sobre el mínimo vital la Corte "adopta diversos criterios para definir qué es exactamente el mínimo vital".

Estos criterios se agrupan así: el mínimo vital como un derecho fundamental innominado; el tratamiento anfibológico del concepto de derecho; las relaciones del mínimo vital con otros conceptos; el mínimo vital en conexidad o como fundamental en relación con otros derechos, y el contenido del mínimo vital en su "relación con los derechos sociales a la salud, la seguridad social, la alimentación y la vida digna" (:11):

«*El mínimo vital como un derecho fundamental innominado.* Es un derecho fundamental innominado "que se desprende de una interpretación sistemática de la Constitución (…) "como consecuencia directa de los principios de dignidad humana[159] y de Estado Social de Derecho[160] que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución"(T-426/92, cit.):

Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derecho a la vida, a la salud, al trabajo, y a la asistencia o a la seguridad social" En este sentido, "(E)l Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectiva-

[158] Amartya Sen2002. *El derecho a no tener hambre,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia (CIFD).

[159] Ibíd. Concepto de dignidad humana. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN.

[160] Concepto de Estado social que, por ejemplo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en la Sentencia 40, 121/ -1 BvL 4/74, el Tribunal planteó sobre el Estado social que: .Es compatible con la

mente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad". Es así como, en esta sentencia, para la Corte "Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material».

- *Tratamiento anfibológico del concepto.* La anfibología está determinada por la utilización del mínimo vital como "derecho fundamental innominado"; "el contenido material protegido por este derecho"; "garantía de 'un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna'; "condiciones materiales en sí mismas, garantizadas a su vez por otros derechos, que pueden ser prestacionales o fundamentales" (:12)

- *Relaciones del mínimo vital con otros conceptos.* Es catalogado junto a otros derechos fundamentales como derivación de los principios de dignidad humana y

---

Ley Fundamental, el que los subsidios, que se otorgan a quienes no pueden procurarse su propio sustento por padecer una incapacidad física o intelectual, tengan carácter permanente, y que las pensiones de orfandad originadas en el seguro que tienen los empleados se otorguen solo hasta que el beneficiario cumpla 25 años de edad (§ 44 frase 2 AVG). Sentencia de la Sala Primera de 18 de junio de 1975 -1 BvL4174- :

Se sabe que las subvenciones para quienes requieren de asistencia, hacen parte de los deberes inherentes a un Estado Social (ver BVerfGE 5, 85 [198]; 35,20 Z [236]). Esto incluye necesariamente la asistencia social para los conciudadanos, que debido a una incapacidad física o intelectual, se encuentran impedidos o no están en condiciones para mantenerse a sí mismos. La comunidad estatal debe asegurarles en todo caso los presupuestos mínimos para una existencia digna y preocuparse de insertarlos en la medida de lo posible en la sociedad, de promover su debido cuidado en la familia o por parte de terceros, así como de crear los establecimientos que se requieran para su asistencia. Naturalmente, este deber de protección general no puede terminar a una determinada edad; más aún, debe corresponder a los requerimientos existentes de una asistencia social. Sin embargo, existen muchas posibilidades para desarrollar la protección ordenada. Cae dentro de la potestad reglamentaria del legislador, la determinación de la vía más adecuada, especialmente la de elegir dentro de las diferentes formas de asistencia financiera para el sustento y cuidado de los discapacitados y de establecer quiénes se encuentran legitimados para recibirla. Así mismo, tiene que decidir, en tanto que no se trate de los señalados presupuestos mínimos, en qué medida se puede y se debe garantizar la asistencia social, atendiendo a los medios con que se cuenta y al deber de cumplir con otras funciones estatales de igual rango.

Se presenta una violación a los principios constitucionales consagrados en el arto 3 num. 1 y el arto 20 num. 1 LF, cuando la asistencia de los discapacitados no cumple con los requisitos de la justicia social, ya sea porque el círculo de los destinatarios de una determinada prestación estatal se encuentra limitada de manera tal que genera un violación material, o que en el caso de considerar en su totalidad la protección social uno de los grupos más importantes resulta perjudicado. Este no es el caso aquí.

En Sentencia 59, 231: sentencia de la sala Primera de 13 de enero de 1982:

Al principio del Estado Social se le puede atribuir significado para la interpretación de los derechos fundamentales así como para la interpretación y valoración constitucional de con sujeción a la reserva de ley- las leyes que limitan los derechos fundamentales. Sin embargo, el legislador no puede limitar los derechos fundamentales sin una concreción posterior, esto es, directamente. Esto fundamenta el deber del Estado de garantizar la existencia de un orden social justo (ver por ejemplo, BVerfGE 5,85 [198]; 22,180 [204]; 27, 253 [283]; 35, 202 [235 Y ss.]); para el cumplimiento de ese deberse le atribuye al legislador un amplio poder de reglamentación (BVerfGE 18,257 [273]; 29, 221 [235]). El principio del Estado Social le impone al Estado una función, pero sin embargo no establece cómo debe cumplir esa función -si fuera de otra manera, el principio estaría en contraposición con el principio de la democracia: El orden democrático de la Ley Fundamental se estaría limitando y recortando en forma decisiva, como ordenamiento de un proceso político libre, si la formación de la voluntad política fuera, sin que pudiera ser de otro modo, un deber constitucional canjeable. Debido a esa flexibilidad el principio del Estado Social no puede imponerle a los derechos fundamentales ningún límite directo.

En: SCHWABE 03: 359-360.

del Estado Social de derecho –cfr. Jurisprudencia de los tribunales de Alemania- o en conexión con el derecho a la vida y con la dignidad. En la noción de mínimo vital *"como un conjunto de condiciones materiales garantizadas por un rango más o menos amplio de derechos prestacionales (...) [en las que] entra en juego el concepto de conexidad, al verse afectado el mínimo vital, uno o varios derechos prestacionales se convierten en fundamentales, por conexidad con otros derechos fundamentales" (:14)8.*

"*(...) la amenaza al mínimo vital es producto de una situación que pone en peligro derechos fundamentales como la vida y la integridad física, mientras que en otras, ante hechos muy similares, la Corte afirma directamente que se está vulnerando el derecho fundamental al mínimo vital o que se está vulnerando un derecho fundamental conectado a uno prestacional".*

- El mínimo vital *en conexidad con el derecho a la vida y con la garantía de unas condiciones que permitan el desarrollo integral de la persona en asocio con el trabajo y la dignidad.* En la T-147/95 los derechos fundamentales que ponen en peligro la mora en el pago de mesadas pensionales son la vida y la integridad de sus titulares, quienes dependen de ellas para subsistir. En otras sentencias la Corte va más allá y asume el derecho a la vida, en un sentido amplio, como la garantía de unas condiciones que permitan el desarrollo integral de la persona, asociándolo con el derecho al trabajo y con la dignidad. En la T-283/9822 se relacionan el derecho a la vida y la dignidad con el mínimo vital de la siguiente manera: "(E)l mínimo vital al que se ha hecho referencia, supone un derecho constitucional fundamental a la vida no entendido como mera existencia, sino como una existencia digna con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de los posible, todas las facultades de las que puede gozar la persona humana". (:15).

«(...) Sea que la Corte trate el mínimo vital como un derecho o como un método para determinar la violación de otros derechos, en todos los casos revisados, el concepto de mínimo vital se relaciona con una persona o grupo de personas cuya subsistencia se ve amenazada por el incumplimiento de las obligaciones del Estado, o de un particular ante el cual se encuentra en situación de indefensión.

Quizá la Corte comprenda el mínimo vital más como una función que como un concepto.(...) 'El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta (C.P. artículo 13) sino que, sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el "déficit social" (..) se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población, y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo ... sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia»(:17).

- *Contenido material del mínimo vital.* No se ha establecido una regla general o criterio fijo "de si se trata de una suma de dinero mínima, o del acceso a ciertos servicios estatales, o a ciertos bienes, o incluso al reintegro de la persona". Sus formulaciones se han referido a "un mínimo de condiciones de carácter material", a "garantizar las condiciones materiales más elementales", a "condiciones mínimas para la subsistencia"; a la "obligación del Estado a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia" (: 18). *La sentencia T -011/98 lo definió:*

"Como los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponde a las exigencias más elementales del ser humano". (Ibíd.) y otras "relacionan este mínimo con la cláusula del Estado social de derecho": "como aquella suma estrictamente necesaria para cubrir las necesidades básicas de alimentación, educación, vestuario, vivienda, sin la cual es prácticamente imposible lograr el objeto constitucional enunciado dentro de los postulados del Estado Social de Derecho".

- *En cuanto a los sujetos pasivos* de la obligación, esta no "es exigible sólo del Estado, sino que son responsables de forma concurrente éste, la sociedad y la familia".

- *El contenido del mínimo vital* se refiere "al caso en particular que está tratando" en dinero, al salario o mesada pensional, o a la "relación entre ingresos y mínimo vital", entendido este –por ejemplo- como "un mínimo vital de ingresos económicos que les permitan disfrutar de una especial calidad de vida" [una especie de renta básica[161] pero, *exclusivamente para los pobres.* Cap.]; que "no es el salario legal mínimo".

"*... el criterio en general para determinar el contenido material del mínimo vital depende de una evaluación cualitativa del caso, criterio que es explicado y desarrollado en la SU-995/ 99. En la sentencia T-1056/0055 se retoma el criterio casuístico de mínimo vital que se estableció en la SU-995/99, desligándolo explícitamente del "monto de sumas adeudadas" y de "una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir". Con ello se separa el concepto de mínimo vital del salario mínimo y, retomando nuevamente la SU-995/99, acoge el criterio según el cual el mínimo vital en materia de salarios es más una valoración cualitativa que cuantitativa." En otras ocasiones, incluye el acceso a servicios estatales". (:20-21).*

[161] *La Renta Básica.* Es un ingreso pagado por el Estado, como derecho de ciudadanía, a cada miembro de pleno derecho o residente de la sociedad incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre o, dicho de otra forma, independientemente de cuáles puedan ser las otras posibles fuentes de renta, y sin importar con quien conviva. En: http://www.redrentabasica.org/

- *La subregla básica general aplicable* fue definida por la Corte Constitucional colombiana en las sentencias T -426/92 y SU-111/97, al plantearse para "los casos en que se ve amenazado el derecho al mínimo vital" (:49) y en "(la) consecuencia directa de los principios de dignidad humana y Estado Social de Derecho que definen la organización política" (: 50):

"*La T-426/92, -en un caso de no pago de pensiones de una sustitución pensional sin la cual el demandante estaba abocado a la miseria, con base en el art. 46 de la CPC, definió que "El Estado le garantizará (a los ancianos) los servicios de seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia", derecho que "Aunque la Constitución no consagra (un derecho a la subsistencia) puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo, y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad" (cit.)".*

- *Sobre el Estado Social de Derecho, se entiende* "como fundamento tanto de un mandato especial al Estado para combatir "las penurias económicas o sociales", específicamente la desigualdad y miseria", que convierte al juez de tutela "en agente de este Estado Social de Derecho, al defender la eficacia de los derechos fundamentales en la acción de tutela" (:50), estableciendo "el derecho a unas condiciones mínimas para la seguridad material es en efecto un derecho fundamental que puede ser garantizado por el juez de tutela", como derecho al mínimo vital.

- *En cuanto a la implicación de la doctrina del mínimo vital,* "El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancia de debilidad manifiesta (C.P. artículo 13), sino que, sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el déficit social." (cit.)

- *Respecto de la limitación programática,* acrítica, discrecional y no reglada (cfr. Subrayado fuera de texto y comentario entre paréntesis):

"*...El derecho al mínimo vital no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender las especiales circunstancias del caso, una prestación económica del Estado(...) existe un límite al carácter programático de estas obligaciones y es que cuando el Estado esté en capacidad de satisfacer las necesidad básicas, porque hay suficiente desarrollo económico, [en expresa manifestación del límite judicial y de la concepción de desarrollismo gradualista –no atribuible a los investigadores- que se ha intentado superar con la Sentencia T-025 de 2004, en virtud del estado de cosas constitucional en el desplazamiento forzado-ver.] y no lo haga, entonces "se concretiza la existencia de un derecho prestacional del sujeto para*

exigir del Estado el cumplimiento y la garantía efectiva de sus derechos sociales, económicos y culturales".

De ahí, la Corte infiere al caso en cuestión, indicando que el derecho a la seguridad social adquiere el carácter de fundamental en las personas de la tercera edad cuando "su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (CP. Artículo 11), la dignidad humana (CP. artículo 1), la integridad física y moral (CP. artículo 12) o el libre desarrollo de la personalidad (CP. artículo 16)".

"(…) Así, en la T -426/92163 la Corte ordenó por primera vez una acreencia pensional (una sustitución) por vía de tutela. Fundamentó esta decisión en el Estado Social de Derecho, del cual deriva un derecho fundamental al mínimo vital que el Estado debe garantizar cuando está en capacidad de hacerlo. (…) De esta concepción se deriva una obligación del Estado a que, si está en la capacidad de hacerlo *[y cuando no, debe definir la responsabilidad concreta que se deriva para su cumplimiento],* debe rescatar a la persona que, por una situación de urgencia producto del incumplimiento de un derecho social, en este caso el de la seguridad social, ve amenazada su subsistencia misma. Insiste en que, en todo caso, es una obligación subsidiaria del Estado, la cual comparte con la familia. (…)" Entonces, la sub regla aplicada por la Corte en este caso, condensando las consideraciones hechas, es la de que:

"Procede la tutela por violación del derecho fundamental al mínimo vital de una persona de la tercera edad cuando el Estado no le reconoce su derecho a la seguridad social estando en capacidad de hacerla. La mayor parte de los casos de mínimo vital son reiteraciones de este principio." (:51-52).

- En cuanto a la Sentencia SU-111:

La Corte consideró que no se aplicaba la regla por inexistencia de la vulneración del mínimo vital *"ya que la subsistencia no se ve amenazada por la falta de atención a esta enfermedad, y por tanto no se daban los elementos para que procediera la acción. En esta ocasión la argumentación de la Corte se enfoca, ya no en las facultades y deberes del juez de tutela en un Estado social de derecho, sino en los límites a estas facultades" (...)*

"La protección constitucional por amenaza al derecho al mínimo vital es una excepción al principio de no exigibilidad de los derechos sociales. Sólo procede excepcionalmente cuando "se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la personal indefensa sucumbe ante su propia impotencia". Este es el planteamiento general bajo el cual se amparan las sub reglas de casos específicos: el que la tutela procede por violación al derecho fundamental al mínimo vital cuando hay un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiendo prestar el apoyo material mínimo, no lo hace.(...)"(:52).

"Esta última jurisprudencia fue objeto de cuestionamiento por Antonio Barreto y Mauricio García, quienes la calificaron de contradictoria con la de la Sentencia T-406 /92, al plantearse respectivamente –y entre otros- el temor de dar órdenes de gasto y la falta de evaluación debida sobre la disponibilidad presupuestal y la extrema necesidad, así como también por la restricción a "<personas ya involucradas en una relación de prestación específica (...) [en la que] la individualización de los derechos (...:) no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado>"(cfr. 53-54). Cuestión que es respondida con la afirmación de que no hay cambio en la línea jurisprudencial cuando esta "sigue siendo que procede la tutela en casos de violaciones de derechos sociales tan palmarias que se puede decir que violan el derecho a la vida o a la dignidad y el Estado, pudiendo actuar, no lo hace" (:54), donde haya violación al mínimo vital, si bien reconoce la tensión en lo que "se refiere a lo que puede conceder el juez de tutela"; propios de –a manera de hipótesis- "los acuerdos y desacuerdos de los magistrados de la Corte, por sus perfiles "mientras unos se inclinan por ampliar las facultades del juez de tutela en lo que concede en los casos de mínimo vital, otros se inclinan por limitarlas", para concluir que:

...si fuéramos a hablar de una evolución de las subreglas analizadas (...) habríamos de decir que no ha habido grandes virajes jurisprudenciales que limiten la generosidad [¿?] de la Corte. La actitud de la Corte si cambió con el paso de los años fue para en general mantenerse dentro de los límites inicialmente planteados, y en algunos casos manejar un discurso menos activista. Sin embargo, ello no obsta para que en años posteriores no se dieran fallos bastante progresistas, como lo fue en 1998, en la SU-225" (Ibíd.)(...). La Corte, si bien se ha dedicado sobre todo a aplicar los principios establecidos en los primeros años, también ha limitado su alcance. Dentro de la limitación del alcance más que una evolución se evidencia una tensión interna en torno a qué pueden ordenar los jueces de tutela en esta materia, y cuando se exceden." (:60).

-En cuanto a la interpretación de la Corte Constitucional respecto de los derechos fundamentales, se considera que está basada en una concepción que trasciende el liberalismo social –o "el liberalismo evolucionado de Rawls"- a la concepción de un estado social de derecho, lo cual se evidencia en el reconocimiento judicial de los "derechos sociales como fundamentales". Derechos que incluyen el "deber positivo del estado de actuar para prevenir un daño inminente a la persona por desconocimiento de los derechos sociales" en materia de mínimo vital, y responsabilidad del Estado "frente a aquellas personas que se encuentren en una situación de necesidad tal que anule o afecte gravemente su libertad e igualdad reales", para "casos de urgencia, cuando la inacción del Estado tendrá como consecuencia un daño grave, la responsabilidad recae sobre el juez de tutela" (:63).

En el criterio de urgencia, la exigibilidad procede cuando:

1) *una persona se encuentra en una situación de necesidad que amenace sus derechos fundamentales,*

2) *el legislador no ha tomado las medida necesarias para remediar la situación, y*

3) *siempre que la intervención del Estado pueda evitar la situación y su omisión de actuar agrava la situación del afectado, entonces el Estado está obligado a actuar de tal manera que brinde una prestación positiva a favor del solicitante. Y así lo debe ordenar el juez de tutela. Incluso en la jurisprudencia más reciente se ha llegado a invertir la carga de la prueba a favor del solicitante, debiendo el Estado probar por qué la prestación positiva no es exigible en el caso concreto (ibíd.).*

Reconociendo:

"que los derechos judicialmente exigibles no son únicamente las libertades públicas sino que incluyen deberes de actuar por parte del Estado, cuya contrapartida son los derechos sociales fundamentales. Es decir, en ciertas circunstancias, los derechos sociales son derechos fundamentales, exigibles judicialmente. Se trata de la existencia de la pobreza y de la miseria humana que, ante la omisión injustificada del Estado, adquieren una gravedad ostensible para el individuo. La tolerancia de esta situación no se concilia con el orden constitucional actual. La Corte reconoce que la falta estructural de recursos económicos impide a los ciudadanos mantener un vida digna y que la omisión injustificada del Estado en estas circunstancias es una violación de los derechos a la libertad y la igualdad, raíz de la concepción de los derechos humanos.

Detrás de esta concepción de los derechos hay una teoría de justicia, para la que no es posible hablar de igualdad sin una igualdad material mínima, de libertad sin acceso a los recursos básicos indispensables, y de vida si no es vida con un mínimo de dignidad humana (ibíd.)".

- *Concepción de justicia "sensible a las consecuencias"* (Scanlon- Sen; cit.), en materia de derechos que "por condiciones extremas debe reconocer", e incluso, que ha sido extensiva al concepto de "capacidades efectivas" (Sen; cit.), como el caso de la Sentencia T-426 de 1992: *"El Estado Social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona* requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad" (Subrayado fuera de texto).

« *Para "entonces concluir que en la jurisprudencia sobre mínimo vital la Corte constitucional parte de una concepción de los derechos fundamentales que incluyen en determinadas circunstancias a los derechos sociales como derechos justiciables. ... [en] una teoría de justicia como justicia distributiva, en particular, una concepción de la justicia distributiva a partir de las capacidades actuales del individuo... [Que] En ocasiones comprende el derecho al mínimo vital como un derecho innominado, lo cual implica una interpretación holista de la Constitución97, según la cual uno de los criterios interpretativos es la coherencia del texto constitucional. Ello significa que no se pueden reducir los derechos fundamentales a los expresamente consagrados en*

las disposiciones constitucionalesl98, sin considerar el sentido total de la Carta. En otros casos la Corte, en su argumentación, no necesita del concepto del mínimo vital para activar la protección estatal, sino que lo hace a través de una concepción amplia de los derechos a la vida o a la dignidad. En esta concepción, la Corte evidencia un entendimiento de los derechos humanos como interrelacionados, de manera que, por ejemplo, no se puede comprender vida sin dignidad, sin libertad y sin igualdad».

- *En conclusión, la jurisprudencia de la Corte sobre el mínimo vital* interpreta la Constitución a partir de un criterio amplio de los derechos fundamentales como derechos exigibles judicialmente por vía de la acción de tutela, con lo cual le da sentido al principio constitucional de Estado social de derecho.

"*Adicionalmente, la Corte hace en todo caso una interpretación holista de la Constitución que le permite ya sea crear derechos fundamentales innominados, ya sea proteger, a través de otros derechos, a las personas que ven vulnerado su mínimo vital; interpretación constitucional que se manifiesta coherente con la formulación que hace la Carta de 1991 al denominar a nuestro estado como un estado social de derecho", y conforme "con la doctrina contemporánea, nacional e internacional, sobre derechos humanos".*[162]*(:65).*

a.2. Los niveles mínimos de satisfacción de los derechos constitucionales en el estado de cosas inconstitucional de las personas en situación de desplazamiento. La T-025 de 2004[163].

«Las personas desplazadas son en su conjunto las más vulnerables entre los vulnerables». Codhes[164].

"El desplazamiento forzado se produce por una ruptura en la protección que el Estado debe a los habitantes del territorio. Como consecuencia de la falla en la protección y por la posición de garante del Estado, este está obligado a restablecer la protección y devolver a las víctimas a su estado anterior". Defensoría del Pueblo. Observatorio de Justicia Constitucional[165].

---

[162] Para lo cual se apoya en la Comisión lnteramericana de Derechos Humanos en su informe anual de 1993, con el texto: <<La Comisión siempre ha reconocido la relación orgánica entre la violación de los derechos a la seguridad física por una parte, y la negación de los derechos económicos y sociales y la supresión de la participación política:..>>; y que nosotros hacemos extensivo a las observaciones respectivas del Comité PIDESC, ejemplarizado en las Sentencias que estudiamos (ver).

[163] http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm

[164] *El desplazamiento forzado es un delito grave o crimen atroz*. En la sentencia se identifican 17 derechos fundamentales vulnerados. Se afirma que es el "grupo que ha soportado las más crueles violaciones a sus derechos humanos". Esta tragedia en Colombia se valoró en 2006 como una de las más graves del mundo después de Sudan, en cifras que oscilan entre dos millones y 3.8 millones de víctimas, un 70% de ellas de carácter rural. En: El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado. Vol.5. http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=459

[165] http://www.defensoria.org.co/pdf/observatorio/tomo1.pdf. Observaciones. Final, p.253.

Consideraciones varias: La Corte Constitucional colombiana –la principal heredera del legado de derechos humanos de la Constitución Política de Colombia de 1991 y, por su mandato, la guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, en ejercicio de su atribución normativa y mediante la sentencia hito[166] T-025 de 2004 declaró el estado de cosas inconstitucional (ECI) en la situación de la población desplazada.

Tal declaratoria fue motivada en *"la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado" (T-025 de 2004. Ordinal 1.)*. Y ante *"la grave vulneración de derechos de millones de colombianos y colombianas víctimas del desplazamiento forzado y la profunda distancia entre los derechos consignados en la Ley 387 de 1997 y los recursos financieros e institucionales de la política pública destinada a atender esta crisis humanitaria"*[167] (Codhes. Comisión de seguimiento). No obstante las limitaciones de esta importante figura judicial que resuelve el poder político y económico, en materia de protección de derechos de sujetos víctimas de delitos y titulares del derecho a la reparación (restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción del daño),[168] puede catalogarse de auténtico hito por el hecho de haber declarado el ECI en la materia y también por fijar pautas[169], en este caso, a los derechos fundamentales mínimos de las víctimas del desplazamiento forzado.

El papel de la sentencia ha sido promover e impulsar "acciones estatales encaminadas a la superación del estado de cosas inconstitucional, la cesación del desplazamiento forzado y el goce efectivo de derechos de las víctimas del desplazamiento forzado"[170]. Los temas tratados en la jurisprudencia de desplazamiento en su conjunto, se han referido especialmente a: 1. principios constitucionales, los cuales rigen la atención de las

---

[166] *El concepto de hito jurisprudencial* "lo popularizó el profesor Diego López Medina (2006:161-167) en su precursor texto El derecho de los jueces. Los hitos jurisprudenciales son sentencias de gran importancia que marcan una línea jurisprudencial hacia el futuro, bien sea iniciándola, modificándola o terminándola. Sus correspondientes en el derecho americano son los leading cases. Hito es lo que establece los parámetros de referencia o criterios decisorios sobre un tema. El hito jurisprudencial remite a la sentencia que ofrece una conceptualización constitucional que por su importancia se convierte en punto de referencia para la solución de problemas o casos posteriores. Un hito jurisprudencial, por ejemplo, lo constituyen sentencias como las relativas al reconocimiento del derecho fundamental al mínimo vital (Sentencia T-426 de 1992) o a la formulación de los estados de cosas inconstitucionales (Sentencia SU-559 de 1997)".

En: http://www.defensoria.org.co/pdf/observatorio/tomo1.pdf: p.32.

[167] En:http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=39&Itemid=52

[168] Ibíd. 25-26.

[169] Armoniza también el principio democrático y el de división de poderes, con el del doble carácter de los derechos fundamentales.

[170] En: http://www.defensoria.org.co/pdf/observatorio/tomo1.pdf (.p.231).

víctimas y la interpretación de la normativa –entre ellos, el principio-deber de la solidaridad, el de la igualdad del artículo 13 de la CPC, la dignidad y el Estado social de derecho, los fines esenciales del Estado y el fundamento de la obligación estatal en la condición de ser sujetos de especial protección, personas en condición de indefensión, entre los más pobres y vulnerables, marginados y débiles-;2. Obligaciones concretas –incluidas la atención integral, la atención humanitaria (esta en caso de urgencia y de falta de auto sostenimiento) y la estabilización socioeconómica- en cabeza de las autoridades nacionales y locales frente a la atención a las víctimas del desplazamiento forzado, y 3. Derechos derivados de la condición de víctimas del desplazamiento forzado. (Ibíd.p.p.233-253).

La exigibilidad de derechos fundamentales –para algunos de inmediato, no obstante el factor de progresividad reglada que los afecta- y el seguimiento a la acción gubernamental por violación masiva de derechos –doctrina constitucional que se ha afianzado[171]- constituyen una vía constitucional de avance y gran importancia, particularmente en la promoción por tutela de un proceso de seguimiento sistemático. Que se evidencia en los autos de seguimiento para garantizar que las respuestas institucionales protejan efectivamente los derechos, especialmente por medio de *cuatro pasos significativos:*

1. Indicadores sobre el contenido material básico de cada derecho protegido; 2. Solicitud al Gobierno nacional de informes de cumplimiento y a la sociedad civil de verificación, basados en los indicadores de Goce Efectivo de Derechos (GED); 3. Audiencias especializadas y participativas de la población en situación de desplazamiento (PSD); 4. Evaluación de la política pública a partir de los informes de seguimiento y requerimiento de adecuaciones y de nuevas políticas públicas eficaces, lo cual incluye el habeas data social "que permita demostrar el nivel de GED de cada persona desplazada", y la "protección de recursos presupuestales destinados a esta política", entre otros[172].

En las órdenes para el cumplimiento y garantía por parte de las autoridades, de unos derechos que comprometen "la subsistencia digna de las personas que se encuentran en esta situación" o derechos fundamentales mínimos, el citado seguimiento por parte de los organismos de control al diseño y puesta en marcha de políticas y programas, determinó la apropiación "de los recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos; se modifiquen las prácticas, las fallas de organización y de procedimiento que resulten violatorias de la Carta Política, se reforme el marco jurídico cuyas falencias han contribuido al estado de cosas inconstitucional y se realicen los trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para superar la vulneración de los derechos."[173]

---

[171] Ibíd. p.253.

[172] Cit. El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado. Vol.5. p.17.

[173] Defensoría del Pueblo. *Compendio Normativo y Jurisprudencial de Atención al Desplazamiento Forzado.* Bogotá, 2007. Tomo III. Informes: Informes de seguimiento y evaluación al cumplimiento a las órdenes dada en la Sentencia T-025 de 2004. p. 79.

El desplazamiento forzado, en clave de derechos integrales, posibilita comprender y evidenciar que es:

«*Un verdadero estado de cosas inconstitucional, ya que hay vulneración grave y sistemática de derechos fundamentales, en algunas de estas situaciones hay responsabilidad por acción de parte de funcionarios y en otras se presentan omisiones de funcionarios para garantizar la protección de quienes se encuentran dentro del territorio". Se trata de la situación de que "no se asumen las normas que establecen los deberes de protección, no se destinan recursos suficientes para proteger y prevenir a quienes se encuentran en riesgo de desplazamiento forzado, son numerosas las autoridades involucradas, las políticas públicas diseñadas no han logrado garantizar los derechos fundamentales de quienes se encuentran en riesgo, no han asegurado el goce efectivo de sus derechos, ni han contribuido a superar las condiciones que ocasionan la violación de estos derechos, y se presentan no pocas solicitudes administrativas e incluso judiciales de protección.*

Así como de "la limitada superación o, mejor, cesación de la condición de desplazados de quienes han sido víctimas del desplazamiento forzado, a quienes de manera limitada se les restablece en el ejercicio de sus derechos, o no se les facilita continuar con sus proyectos de vida de manera autónoma, independiente, digna y protegida, así como tampoco se les repara en los daños sufridos con el evento desplazador y con el deterioro de su calidad de vida durante el desplazamiento. En este sentido, hay estado de cosas inconstitucional en la ocurrencia de eventos de desplazamiento forzado, en la precaria atención a las víctimas del desplazamiento forzado y en la débil política de cesación de la condición de desplazados»[174].

En cuanto a la evaluación de seguimiento de control a la acción gubernamental -según la Sentencia T-025 de 2004 y los autos de seguimiento a dicha sentencia-, se observó su contribución significativa al reconocimiento del desplazamiento forzado como *"hecho delictivo que produce graves efectos sobre la sociedad, que es necesario mejorar las condiciones de la población afectada por el desplazamiento forzado, que hay que generar mayor sensibilidad social frente a las víctimas, y esencialmente que se deben desarrollar dinámicas institucionales orientadas a la solución de problemas que cuenten con la participación de los mismos afectados, para superar así la precaria capacidad institucional".*

En el compendio de *Informes de seguimiento y evaluación al cumplimiento a las órdenes dada en la Sentencia T-025 de 2004* publicado por la Defensoría del Pueblo en el 2007, el Defensor reconoció la pertinencia, se adicionaron las características de necesidad, utilidad y trascendencia- de la justicia constitucional al imponer obligaciones de hacer y no hacer a favor de la población desplazada, "grupo que ha soportado las más

[174] http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/16_informe_congreso.pdf. En: INFORME CENTRAL B. INFORMES ANUALES ESPECIALES. B.1. (:49-66). p.61.

crueles violaciones a sus derechos humanos" dado que *"para más de dos millones de colombianos y colombianas los derechos consagrados no se han realizado de manera integral*[175]*"*. Manifestó en esa oportunidad que *" a pesar de los avances en las medidas adoptadas por los gobiernos nacional y territoriales en respuesta a la Sentencia, todavía hay un sector de la población desplazada que no cuenta con las condiciones que les permitan el goce efectivo de los derechos fundamentales y vivir en forma tal que se les garantice su dignidad humana"*[176]*;* asuntos que, vistos en el conjunto de las políticas públicas y su ineficacia para garantizar el goce efectivo de los derechos, son validados por la persistencia del ECI mediante los autos de la Corte, como también, por la creación de un sistema de evaluación técnica de las respuestas gubernamentales que posibiliten su superación[177].

Finalmente, sobre la encrucijada y crisis que se presenta en torno a una supuesta sostenibilidad indefinida del ECI, se ha observado que, si bien no se puede declarar superado "mientras exista una situación que reproduzca la negación", este "no puede diferirse indefinidamente en el tiempo, porque equivaldría a institucionalizar el incumplimiento y la negación de los derechos de la PSD y con ello a un mayor deterioro de sus garantías sociales"[178]. Este asunto inserta al ECI en la temporalidad de los estados de excepción y en los límites y posibilidades de lo meramente jurídico, revirtiendo la solución a sus causas estructurales, según el modelo socioeconómico de desarrollo y la efectividad del tipo de Estado social y liberal-conservador de derecho, con las medidas efectivas y suficientes que debe adoptar este modelo y esta forma de Estado, en su déficit de Estado social y democrático.

Razón suficiente y optimismo le asiste a la Comisión de Seguimiento cuando asevera que *"sólo en la medida en que se supere el Estado se puede afirmar un camino definitivo e irreversible para la construcción de una nueva sociedad y de una institucionalidad democrática en la que los derechos no tengan un carácter formal y marginal, sino que se conviertan en el criterio fundamental para juzgar la acción de las autoridades y la calidad y pertinencia de las políticas públicas* (Ibíd. p: 19). El dilema, no obstante, no quedaría resuelto si se levanta el ECI y correlativamente no se toman y ejecutan efectivamente las medidas estructurales recomendables, habría que levantarlo según la progresividad reglada, en cada una de las medidas que resultaran resolviendo las situaciones respectivas y con las implicaciones necesarias de responsabilidad.

Como extractos relevantes de la sentencia, en la línea del PdI y de la progresividad reglada, se destaca lo siguiente, con algunos subrayados y glosas [Cap]:

- *[El problema de desplazamiento y el carácter limitado de los recursos. Ponderación y prioridades]*.

[175] Cit. Defensoría del Pueblo. *Compendio Normativo y Jurisprudencial de Atención al Desplazamiento Forzado.* Bogotá, 2007. Tomo III. Informes. p. 8.

[176] Ibíd. p.80.

[177] Cit. El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado. Vol.5.

[178] http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task =view&id=459. p.18.

"…dadas las magnitudes actuales del problema de desplazamiento en Colombia, así como el carácter limitado de los recursos con los que cuenta el Estado para satisfacer este cometido, es forzoso aceptar que al momento de diseñar e implementar una determinada política pública de protección a la población desplazada, las autoridades competentes deben efectuar un ejercicio de ponderación y establecimiento de áreas prioritarias en las cuales se prestará atención oportuna y eficaz a dichas personas.

Por lo tanto, no siempre se podrá satisfacer, en forma concomitante y hasta el máximo nivel posible [¿o mínimo nivel posible, si nos atenemos a lo planteado en su cumplimento? Cap] la dimensión prestacional de todos los derechos constitucionales de toda la población desplazada, dadas las restricciones materiales y las dimensiones reales de la evolución del fenómeno del desplazamiento. (…) *existen ciertos derechos mínimos de la población desplazada que deben ser satisfechos en cualquier circunstancia por las autoridades a los desplazados, puesto que en ello se juega la subsistencia digna de las personas en esta situación".*

• ¿Cuáles son, entonces, estos derechos mínimos que deben ser siempre satisfechos?

"Para definir el nivel mínimo de satisfacción de los derechos constitucionales de las personas desplazadas, debe hacerse una distinción entre (a) el respeto por el núcleo esencial de los derechos constitucionales fundamentales de los desplazados, y (b) la satisfacción, por parte de las autoridades, de ciertos deberes prestacionales derivados de los derechos reconocidos a nivel internacional y constitucional en cabeza de los desplazados.

…En cuanto a lo segundo, observa la Sala que la mayor parte de los derechos reconocidos por la normatividad internacional y la Carta Política a *las personas desplazadas imponen a las autoridades, por las circunstancias mismas en que se encuentran los desplazados, claras obligaciones de carácter prestacional, que necesariamente implicarán un gasto público -lo cual no obsta para clasificar algunos de tales derechos como fundamentales,* puesto que según lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, tanto los derechos fundamentales como los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión prestacional a cargo del Estado como ya se anotó -.

En criterio de la Corte, los derechos de marcado contenido prestacional que forman parte del mínimo que siempre ha de ser garantizado a todos los desplazados *son aquellos que guardan una conexidad estrecha con la preservación de la vida en circunstancias elementales de dignidad como seres humanos distintos y autónomos (artículos 1, 11, 12, 13, 14, 16 y 17 C.P.). Es allí, en la preservación de las condiciones más básicas que permiten sobrevivir con dignidad, donde se debe trazar un límite claro entre las obligaciones estatales de imperativo y urgente cumplimiento frente a la población desplazada,* y aquellas que, si bien tienen que ser satisfechas, no tienen la misma prioridad, lo cual no significa que el Estado no deba agotar, al máximo posible, su capacidad institucional en asegurar el goce pleno de todos los derechos de los desplazados, como ya se dijo."

"Cuando un conjunto de personas definido y determinable por el propio Estado de tiempo atrás no pueda gozar de sus derechos fundamentales debido a un estado de cosas inconstitucional, las autoridades competentes no pueden admitir que tales personas mueran o continúen viviendo en condiciones evidentemente lesivas de su dignidad humana, a tal punto que esté en serio peligro su subsistencia física estable y carezcan de las oportunidades mínimas de actuar como seres humanos distintos y autónomos.

A partir de ese criterio, y con base en las obligaciones internacionales asumidas por Colombia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, así como en la compilación de criterios para la interpretación y aplicación de medidas para atender a la población desplazada contenida en los Principios Rectores, la Sala considera que los siguientes derechos mínimos encuadran bajo esta definición y, por ende, integran el mínimo prestacional que siempre debe ser satisfecho por el Estado":

- *El derecho a una subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital,* según está precisado en el Principio 18, lo cual significa que "las autoridades competentes deben proveer a las personas desplazadas, así como asegurar el acceso seguro de las mismas, (a) alimentos esenciales y agua potable, (b) alojamiento y vivienda básicos, (c) vestidos apropiados, y (d) servicios médicos y sanitarios esenciales." También se dispone que las autoridades deberán realizar esfuerzos especiales para garantizar la participación plena de las mujeres en condición de desplazamiento en la planeación y la distribución de estas prestaciones básicas. Este derecho debe leerse también a la luz de lo dispuesto en los Principios 24 a 27 reseñados en el Anexo 3, ya que es a través de la provisión de asistencia humanitaria que las autoridades satisfacen este deber mínimo en relación con la subsistencia digna de los desplazados. Esta asistencia humanitaria se refiere tanto a la ayuda humanitaria de emergencia, que se presta al producirse el desplazamiento, como a los componentes de asistencia mínima durante las etapas de restablecimiento económico y de retorno.

"En este sentido, y en cuanto a la ayuda humanitaria de emergencia, debe precisar la Corte que la duración de la obligación estatal mínima de proveer ayuda humanitaria de emergencia es, en principio, la que señala la ley: tres meses, prorrogables hasta por otros tres meses para ciertos sujetos. Considera la Sala que este plazo fijado por el legislador no es manifiestamente irrazonable (…) Ahora bien, dado que el plazo señalado en la ley obedece principalmente a las dos razones indicadas, debe la Corte precisar *que existen dos tipos de personas desplazadas que, por sus condiciones particulares, son titulares de un derecho mínimo a recibir ayuda humanitaria de emergencia durante un período de tiempo mayor al que fijó la ley:* se trata de (a) quienes estén en situación de urgencia extraordinaria, y (b) quienes no estén en condiciones de asumir su auto sostenimiento a través de un proyecto de estabilización o restablecimiento socio económica, como es el caso de los niños que no tengan acudientes y las personas de la tercera edad quienes por razón de su avanzada edad o de sus condiciones de salud

no están en capacidad de generar ingresos; o las mujeres cabeza de familia que deban dedicar todo su tiempo y esfuerzos a cuidar a niños menores o adultos mayores bajo su responsabilidad.

En estos dos tipos de situación, se justifica que el Estado continúe proveyendo la ayuda humanitaria requerida para la subsistencia digna de los afectados, hasta el momento en el cual la circunstancia en cuestión se haya superado -es decir, hasta que la urgencia extraordinaria haya cesado, o hasta que los sujetos que no estén en posibilidad de cubrir su propio sustento adquieran las condiciones para ello-. Ello deberá evaluarse, necesariamente, en cada caso individual. Advierte la Corte que así como el Estado no puede suspender abruptamente la ayuda humanitaria de quienes no están en capacidad de auto sostenerse, tampoco pueden las personas esperar que vivirán indefinidamente de dicha ayuda".

- *El derecho a la salud* (artículo 49 C.P.) cuando la prestación del servicio correspondiente sea urgente e indispensable para preservar la vida y la integridad de la persona ante situaciones de enfermedad o heridas que les amenacen directamente y prevenir las enfermedades contagiosas e infecciosas, de conformidad con el Principio 19. Ahora bien respecto de los niños y niñas se aplicará el artículo 44 y en relación con los menores de un año, se aplicará el artículo 50 C.P.

- *Para el caso de los niños en situación de desplazamiento: "*el derecho a la educación básica hasta los quince años (artículo 67, inciso 3, C.P.). Precisa la Sala que, si bien el Principio 23 establece como deber del Estado proveer la educación básica primaria a la población desplazada, el alcance de la obligación internacional que allí se enuncia resulta ampliado por virtud del artículo 67 Superior, en virtud del cual la educación será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad, y debe comprender como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica. También en virtud de lo dispuesto por la Carta Política, no es el Estado el único obligado a garantizar la provisión del servicio educativo en los niveles y a los grupos de edad referidos; también esta obligación cobija a los padres de familia o acudientes -quienes no pueden impedir el acceso de sus hijos a la educación en su lugar de desplazamiento- y a los menores -que están obligados a asistir a los planteles educativos correspondientes-. Por su parte, el Estado está obligado, como mínimo, a garantizar la provisión de un cupo escolar a cada niño desplazado en edad de educación obligatoria, en un establecimiento educativo público. Es decir, la obligación mínima del Estado en relación con la educación de los niños desplazados es la de garantizar su acceso a la educación a través de la provisión de los cupos que sean necesarios en entidades públicas o privadas de la zona.

- *En relación con la provisión de apoyo para el auto sostenimiento* (artículo 16 C.P.) por vía de la estabilización socioeconómica de las personas en condiciones de desplazamiento -obligación estatal fijada por la Ley 387 de 1997 y deducible de una lectura conjunta de los Principios Rectores, en especial de los Principios

> 1, 3, 4, 11 y 18, considera la Corte que el deber mínimo del Estado es el de identificar con la plena participación del interesado, las circunstancias específicas de su situación individual y familiar, su proveniencia inmediata, sus necesidades particulares, sus habilidades y conocimientos, y las posibles alternativas de subsistencia digna y autónoma a las que puede acceder en el corto y mediano plazo, con miras a definir sus posibilidades concretas para poner en marcha un proyecto razonable de estabilización económica individual, de participar en forma productiva en un proyecto colectivo, o de vincularse al mercado laboral, así como emplear la información que provee la población desplazada para identificar alternativas de generación de ingresos por parte de los desplazados.

Vale la pena precisar que este derecho mínimo de los desplazados no obliga a las autoridades a proveer inmediatamente el soporte material necesario para la iniciación del proyecto productivo que se formule o para garantizar su acceso al mercado laboral con base en la evaluación individual a la que haya lugar; si bien tal apoyo se debe necesariamente materializar a través de los programas y proyectos que las autoridades diseñen e implementen para tal fin, el deber mínimo y de inmediato cumplimiento que este derecho impone al Estado es el de acopiar la información (…) .

- *Finalmente, en relación con el derecho al retorno y al restablecimiento,* las autoridades están obligadas a (i) no aplicar medidas de coerción (...); (ii) no impedir que las personas desplazadas retornen (...); (iii) proveer la información necesaria (…); (iv) abstenerse de promover el retorno o el restablecimiento cuando tal decisión implique exponer a los desplazados a un riesgo para su vida o integridad personal (…).

a.3. El avance jurisprudencial de fundamentalización de los derechos humanos según el principio de la integralidad en la justicia constitucional colombiana. La sentencia T-760/08.

En general, se puede afirmar que el avance jurisprudencial del PdI está determinado por la potestad y los límites mismos de lo judicial y, este a su vez, en la forma y tipo de Estado y modelo o sistema socioeconómico que exprese o deba expresar; si bien, se expresa en su autonomía o ejercicio de independencia relativa.

Desde su avance específico se evidencia que no existe todavía una línea jurisprudencial que, en forma completa y sistemática, trate y aplique el PdI para los derechos sociales. Como lo observó el estudio pionero de Herreño 2008, se ha validado el principio ocasionalmente en la interdependencia de los derechos y en el criterio de conexidad. Esto se constató en sentencias como la C-251 de 1997, que reafirma en alguno de sus apartes el artículo 5 de la DMV y establece su vincularidad con la cláusula del ESD; la SU 360 de 1999, sobre los vendedores ambulantes –asunto que pudimos atender entre otros, directamente en gestión de mediación defensorial de Defensor del Pueblo regional Bogotá, en los casos de San Victorino y Chapinero-, que reafirma la integralidad de los derechos por la vía de conexidad; y la T-595 de

2002, sobre personas en discapacidad, que refirmó la necesidad de los derechos positivos, para concretar las garantías del disfrute de los derechos[179]. Igualmente, se puede constatar en el Observatorio de Justicia Constitucional, como se observará adelante.

En la justicia constitucional colombiana, la denominación de integralidad ésta referida al sistema de seguridad social en salud y presenta pocas tutelas del registro de relatoría[180], derecho en el que ha habido un avance singular con la sentencia T-760/08[181],

---

[179] Herreño 08. pp 63-65

[180] El primer corte en febrero de 2009 tenía registradas 10 sentencias. El segundo corte, un año después, está también referido al sistema de seguridad social en salud, http://www.constitucional.gov.co/corte/: Total de Registros --> 20 (02.2010):

1 DERECHO A LA SALUD-El principio de integralidad y la obligación de que la prestación de los servicios sea oportuna, eficiente y de calidad (S. T-760/08) 2 DERECHO A LA SALUD-Las dudas acerca de lo que se encuentra incluido o no en el POS deben ser interpretadas conforme al principio de integralidad, mientras no exista un mecanismo institucional para resolverlas (S. T-760/08) 3 DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Aplicación del principio de integralidad (S. T-062/06) 4 JUEZ DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN SALUD-Se debe garantizar el acceso al resto de servicios médicos que sean necesarios para concluir tratamiento (S. T-512/08) 5 PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-No puede entenderse de manera abstracta, sino que debe ir acompañada de indicaciones precisas del médico tratante (S. T-899/08) 6 PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Perspectivas desarrolladas por la Corte Constitucional (S. T-899/08) 7 PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance (S. T-518/06, T-583/07) 8 PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance de las ordenes de tutela (S. T-398/08) 9 PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance de las órdenes de tutela (S. T-583/07) 10 PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Contenido (S. T-179/00, T-122/01, T-133/01, T-111/03, T-319/03, T-136/04, T-719/05, T-062/06, T-421/07, T-535/07, T-536/07, T-730/07, T-846/07, T-050/08, T-576/08, T-589/08, T-604/08, T-1271/08, T-053/09) 11 PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Criterios determinadores recurrentes relativos a la integralidad en la prestación del servicio de salud (S. T-398/08) 12 PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Deber de las entidades encargadas del servicio público de seguridad social en salud de prestar el tratamiento integral de manera proporcional a afiliados y beneficiarios (S. T-600/08) 13 PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Línea jurisprudencial sobre criterios determinadores (S. T-583/07, T-053/09) 14 PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Obligación de las EPS y EPS-S de prestar los servicios de salud a los afiliados y beneficiarios (S. T-604/08) 15 PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Regulación legal (S. T-866/08) 16 PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Alcance (S. C-674/01, C-760/04, T-807/07) 17 PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Definición (S. T-518/06, T-201/07, T-202/07, T-807/07, T-217/08, T-1177/08) 18 PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN ATENCION MEDICA-Se debe garantizar el acceso al resto de servicios médicos que sean necesarios para concluir el tratamiento médico (S. T-139/08) 19 PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE LA SALUD-Definición, perspectivas y alcance (S. T-1081/07) 20 PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN MATERIA DE SALUD-Juez de tutela debe ordenar que se garantice el acceso a los servicios médicos que sean necesarios para concluir el tratamiento (S. T-492/07, T-648/08, T-816/08)

[181] Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa [Ponente], Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

Esta sentencia constituye, en la época de este estudio, la ilustración jurisprudencial suficiente del estado actual del principio PdI. En materia de impacto, sus cambios fueron anunciados, por ejemplo, en: Con tutelas, la Corte Constitucional introdujo 10 cambios a la administración de la salud. eltiempo.com / colombia / justicia:

http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/2008-09-16/con-tutelas-la-corte-constitucional-introdujo-10-cambios-a-la-administracion-de-la-salud_4531988-1

la cual cataloga el derecho a la salud como derecho fundamental *autónomo*[182], que ha sido reconocido como tal por la OMS desde 1978 en la Conferencia sobre Atención Primaria en Salud y que, por su relevancia, reseñamos inicialmente en esquematización extensa -incluyendo la de la Observación General N°14 (2000) ONU, que hace la misma sentencia- y hacemos algunas observaciones de conclusión:

La T-760/08, en la revisión de las tutelas acumuladas sobre la materia -de esta copiosa sentencia-, basa la aplicación del principio PdI en antecedentes jurisprudenciales del "contexto constitucional colombiano [que] coincide [en bloque de constitucionalidad, cfr.[183]] con la evolución de su protección en el ámbito internacional… [Y especialmente, en] la Observación General N° 14, referida específicamente al derecho a la salud" (apartado 3.4.2).

Esta sentencia se fundamenta en la línea argumentativa que establece la vincularidad del derecho a la salud con la dignidad humana y otros derechos fundamentales, incluido el mínimo vital, así como, especialmente, con el bloque de constitucionalidad (de los estándares internacionales) que reconoce la Observación General N°14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N°14 (2000), en los siguientes elementos:

---

[182] Si bien, se ha cuidado en insistir en 3.2.1.6 :

> …que en la presente sentencia la Sala de Revisión no entra a establecer en detalle el alcance y contenido del concepto de derecho fundamental, en general, ni con relación al caso concreto de la salud. Partirá de la decisión de varias Salas de Revisión de la Corte Constitucional, así como de la Sala Plena, de reconocer el derecho a la Salud como un derecho fundamental. En esta sentencia la Sala se detendrá en las implicaciones que se derivan de reconocer la fundamentalidad del derecho a la salud, en especial en lo que respecta a las fallas en la regulación de su sistema de protección. 3.2.2. Ahora bien, uno de los aspectos en los que la jurisprudencia constitucional ha avanzado, es en el de señalar que reconocer la fundamentalidad de un derecho no implica, necesariamente, que todos los aspectos cobijados por éste son tutelables. Primero, porque los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, puede ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia constitucional. Segundo, porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables. Subrayado fuera de texto.
>
> (…) 3.2.3. El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles. [valga la observación del Comité DESC sobre la obligatoriedad de la progresividad.cap] Recientemente la Corte se refirió a las limitaciones de carácter presupuestal que al respecto existen en el orden nacional: "[e]n un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad."

[183] 3.4. Caracterización del derecho a la salud en el bloque de constitucionalidad, clases de obligaciones derivadas del derecho a la salud (respetar, proteger y garantizar). También en: http://www.constitucional.gov.co/corte/

- ***En lo axiológico y finalístico-funcional:*** será fundamental todo derecho constitucional del que exista *"consenso sobre su naturaleza fundamental" y "que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo "autónomo. Este carácter es determinado por "obligaciones de las que dependían derechos como la vida o la integridad personal" y especialmente "se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida" y con "aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales".*

- ***En lo consecuencial:*** su falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud *"(i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho."*

- ***En el bloque de constitucionalidad,*** reconoce el alcance y significado orientado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando considera, de la Observación General N°14 (2000), que la salud "es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos … [en] la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está 'estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos'; el cual abarca "cuatro elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado"… de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Estos elementos que justifican la fundamentalización del derecho a la salud en el contexto de sus apartes sustanciales, se observan con subrayados fuera de texto, así:

a. ***Para la categorización del derecho a la salud como derecho fundamental,*** *la Corte Constitucional* se funda en la dignidad humana, la autonomía, la posibilidad real y efectiva de la disponibilidad del servicio y su reconocimiento en derecho subjetivo y garantía judicial. En 2.1.2 observó que:

- ***[El concepto de dignidad humana]***

«*…uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión 'derechos fundamentales' es el concepto de 'dignidad humana', el cual ha de ser apreciado en el contexto en que se encuentra cada persona, como lo dijo el artículo 2 del Decreto 2591 de 1991. Al respecto dijo la Corte en la sentencia* ***T-227 de 2003:***

En sentencia ***T-801 de 1998,*** *la Corte indicó que "es la realidad de cada caso concreto, las circunstancias únicas y particulares que lo caracterizan, las que permiten definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho fundamental, si ello afecta la dignidad de la parte actora y si esta última está en situación de indefensión frente al presunto agresor". De esta sentencia surge un elemento que*

resulta decisivo para sistematizar el concepto de derecho fundamental: dignidad humana.

Este concepto [sigue], *ha señalado la Corte, guarda relación con la "libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle" y con "la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad". Por tanto, a propósito de la relación entre derecho fundamental y dignidad humana, la jurisprudencia, en la sentencia* ***T-227 de 2003,*** *concluyó lo siguiente:*

(...) el concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la "libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle" y de "la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad», definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas –prestaciones- o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias.

En este orden de ideas, *será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.* (…) En tal sentido, el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo. El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida, la dignidad de la persona o su integridad personal».

- ***[Son derechos fundamentales]:***

"(i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo, la Corte señaló en la sentencia ***T-859 de 2003*** *que el derecho a la salud es un derecho fundamental, 'de manera autónoma', cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema*

Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.

Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo (...)"

Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisible.»

b. ***Sobre el derecho autónomo.*** En cuanto que i) lesione de manera seria y directa la *dignidad humana* de la persona afectada con la vulneración del derecho; ii) se pregone de un *sujeto de especial protección constitucional* y/o iii) implique poner a la persona afectada en una *condición de indefensión por su falta de capacidad* de pago para hacer valer ese derecho, en 3.2.4 manifiesta:

- ***[La tutela en derechos prestacionales y lo artificioso de la conexidad].***

«En un primer momento, la Corte Constitucional consideró que la acción de tutela era una herramienta orientada a garantizar el goce efectivo de los derechos de libertad clásicos y otros como la vida. No obstante, también desde su inicio, la jurisprudencia entendió que algunas de las obligaciones derivadas del derecho a la salud, por más que tuvieran un carácter prestacional y en principio fuera progresivo su cumplimiento, eran tutelables directamente, en tanto eran obligaciones de las que dependían derechos como la vida o la integridad personal, por ejemplo.

Esto ha sido denominado ***la tesis de la conexidad:*** *la obligación que se deriva de un derecho constitucional es exigible por vía de tutela si esta se encuentra en conexidad con el goce efectivo de un derecho fundamental. La Corte Constitucional ha señalado pues, que hay órbitas de la protección del derecho a la salud que deben ser garantizadas por vía de tutela, por la grave afección que implicarían para la salud de la persona y para otros derechos, expresamente reconocidos por la Constitución como 'derechos de aplicación inmediata', tales como la vida o la igualdad».*

"Sin embargo, también desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que la salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los que se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida", "sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales". Siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, por ejemplo, la Corte ha resaltado que el derecho a la salud también se encuentra respaldado en el 'principio de igualdad en una sociedad'.

Es decir, el grado de salud que puede ser reclamado por toda persona de forma inmediata al Estado, es la protección de 'un mínimo vital, por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal.'

Asunto que reitera en:… *la Corte consideró 'artificioso' tener que recurrir a la 'estrategia de la conexidad' para poder proteger el derecho constitucional invocado. Dijo al respecto, "Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos -unos más que otros- una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.*

Lo anterior, justamente por cuanto ***el Estado -bajo aplicación de los principios de equidad, solidaridad, subsidiariedad y eficiencia- ha de racionalizar la prestación satisfactoria del servicio*** *de salud a su cargo o a cargo de los particulares que obran en calidad de autoridades públicas, atendiendo, de modo prioritario, a quienes se encuentren en cualquiera de las circunstancias mencionadas con antelación. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado mediante jurisprudencia reiterada que, bajo estas circunstancias, aún tratándose de prestaciones excluidas del POS, del POSS, del PAB, del PAC y de aquellas obligaciones previstas por la Observación General 14, procede la tutela como mecanismo para obtener el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud."*

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud 'en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal', para pasar a proteger el derecho 'fundamental autónomo a la salud'. Para la jurisprudencia constitucional "(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud." La Corte también había considerado explícitamente que el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo ha considerado la jurisprudencia, por ejemplo, con relación a las personas de la tercera edad. Sin embargo, esta variante jurisprudencial deja de ser relevante en punto a la cuestión de la fundamentalidad del derecho a la salud. Asunto que desarrollará en 3.3. Facetas positivas y negativas derivadas del derecho a la salud; jurisprudencia sobre la protección de los

derechos fundamentales, a propósito de las obligaciones de contenido prestacional; en la que entre otros, hace delimitación en mínimos, urgencia, progresividad y políticas públicas.[184]

c. ***En cuanto la aplicación de la Observación General 14 (ONU)*** (cit.), la Corte –en reconocimiento expreso- hizo una apropiación positiva del alcance y significado orientado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N°14 (2000), según su afirmación:

• *[La salud es un derecho humano fundamental]*

"*De manera clara y categórica, la Observación General N°14 (2000) establece que 'la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos ...[con base en] la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está 'estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos', refiriéndose de forma específica al 'derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación'. Para el Comité, 'esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud" (3.4.2.1.).*

---

184 Continuación Sentencia T-760/08:

....Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Tanto la decisión ***democrática*** *acerca del grado de protección que se brindará a un derecho fundamental en sus facetas prestacionales, como la adopción e implementación de las formas específicas de garantizar su efectivo respeto, protección y cumplimiento, suponen que el cumplimiento de este tipo de obligaciones se logre progresivamente. En tal sentido, el cumplimiento de este tipo de obligaciones no se satisface con la simple actuación estatal, ésta debe ser ajustada a la Constitución, por lo que debe estar encaminada a garantizar el goce efectivo de los derechos.*

3.3.7. Ahora bien, la Corte no sólo reconoce que la defensa de muchas de las facetas prestacionales de un derecho constitucional requiere acciones variadas y complejas por parte del Estado. También reconoce que les compete a las autoridades constitucionalmente establecidas para tal labor, decidir cuáles son las acciones y medidas necesarias para que se garantice el derecho del accionante. Garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean estos de libertad o sociales, es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en un Estado Social de Derecho.

3.3.8. La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es un permiso al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente. Para la jurisprudencia "el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse.

3.3.9. Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, "lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante 'no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan'.

" *Vincula la salud en la categoría de vida digna de "un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos*

En consecuencia, se desconocen las obligaciones constitucionales de carácter prestacional y programático, derivadas de un derecho fundamental, cuando la entidad responsable de garantizar el goce de un derecho ni siquiera cuenta con un programa o con una política pública que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones correlativas. En la sentencia T-595 de 2002 se indicó al respecto lo siguiente (…)

3.3.10. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas, a la luz de la Constitución Política, que debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional.

3.3.11. La primera condición es que la política efectivamente exista. No se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar. Por eso, como se dijo, se viola una obligación constitucional de carácter prestacional y programática, derivada de un derecho fundamental, cuando ni siquiera se cuenta con un plan para progresivamente cumplirla. Así pues, en la sentencia T-595 de 2002, por ejemplo, - en lo que respecta a las dimensiones positivas de la libertad de locomoción de los discapacitados -al constatar que la entidad acusada violaba el derecho fundamental exigido, por no contar con un plan, la Corte resolvió, entre otras cosas, tutelar los derechos a la libertad de locomoción y a la igualdad del accionante, en razón a su discapacidad especialmente protegida.

3.3.12. La segunda condición es que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho. En tal sentido, por ejemplo, no puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica, que no esté acompañada de acciones reales y concretas. Así pues, también se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) "sólo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución" o (ii) "que así se esté implementando, sea evidentemente inane, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable".

3.3.13. La tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática. En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) 'que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan', o (ii) 'que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente.' Cuál es el grado mínimo de participación que se debe garantizar a las personas, depende del caso específico que se trate, en atención al tipo de decisiones a tomar. Por ejemplo, en la sentencia T-595 de 2002, a propósito de la protección de la libertad de locomoción en el contexto del transporte público, la Corte indicó, con base en el pronunciamiento expreso del legislador, que el alcance mínimo que se debía dar a la participación ciudadana en esta área, debía contemplar "por lo menos, a la ejecución y al sistema de evaluación del plan que se haya elegido." La Corte resolvió proteger el derecho a la participación del accionante, en su condición de miembro de organizaciones para la defensa de las personas con discapacidad.

3.3.14. En conclusión, 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.

3.3.15. 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. Así por ejemplo, en la sentencia T-595 de 2002, la Corte resolvió ordenar a la entidad acusada que en el término máximo de dos años, diseñara un plan orientado a garantizar el acceso del accionante al Sistema de transporte público básico de Bogotá, sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas, y que una vez diseñado el plan, iniciara inmediatamente el proceso de ejecución, de conformidad con el cronograma incluido en él. Se impartieron pues las órdenes necesarias para que el derecho sea protegido, sin indicar concretamente cuál es el diseño de política pública que se ha de adoptar para garantizar el goce efectivo del derecho.

humanos"; "tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado"; garantiza "toda una gama de facilidades, bienes y servicios" en el "más alto nivel posible de salud", en el "disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud'; entre ellos 'la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano", lo cual incluye "como ejemplo 'el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud'", incluido "el derecho a que se 'creen las condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad'"; para concluir en el aparte 3.4.2.6, sobre la consideración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en que el derecho a la salud":

- *[Los cuatro elementos esenciales e interrelacionados de la salud]*

  ...en todas sus formas y a todos los niveles" abarca cuatro elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte, a saber, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

  (i) Cada estado debe tener disponibles "un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas."

  (ii) Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, en cuatro dimensiones superpuestas: (a) 'no discriminación', los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna; (b) 'accesibilidad física', los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados; (c) 'accesibilidad económica' (asequibilidad), los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos, en especial, la equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos; y (d) 'acceso a la información', el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud, sin perjuicio de la debida confidencialidad.

  (iii) Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser (aceptables) respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate."

(iv) Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también de buena calidad, apropiados desde el punto de vista científico y médico.

- ***[Las obligaciones inmediatas a los Estados]***

« Con relación al cumplimiento de las obligaciones que se derivan del derecho a la salud, el Comité resalta que el derecho a la salud impone a los Estados obligaciones inmediatas como (i) la garantía de que será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y (ii) la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12 (PIDESC), indicando que las medidas deben ser deliberadas y concretas, y su finalidad debe ser 'la plena realización del derecho a la salud'.

Reitera también que la 'realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período' implica la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia el objetivo de la plena realización del derecho a la salud.

La obligación de "no adoptar medidas 'deliberadamente regresivas' en cuanto a la plena realización del derecho a la salud, salvo que se demuestre que se optó por ellas "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", y que en general "supone obligaciones de tres tipos, obligaciones de (i) respeto, obligaciones de (ii) protección y obligaciones de (iii) cumplimiento (denominadas también de garantizar); esta última en consideración de la Sala de Revisión "denominadas por algunos autores como de garantía, de asegurar o de satisfacer, no se han caracterizado de forma pacífica. Así, por ejemplo, mientras que para la Observación General N° 14 las obligaciones de cumplir se dividen a su vez en obligaciones de 'facilitar', 'proporcionar' y 'promover', para algunos autores, además de las obligaciones de respetar y proteger, hay dos clases adicionales, las de asegurar, por un lado, y las promover, por otro", la cual, en los términos del Comité, también citado:

Medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud:(i) Para el Comité la obligación de cumplir (facilitar) "requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud". (ii) La obligación de cumplir (proporcionar) un derecho específico enunciado en el Pacto "en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición" (iii) La obligación de cumplir (promover) el derecho a la salud "requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población.".

Las obligaciones de protección que sean costosas y, además, de carácter progresivo, no impiden, en forma alguna, la intervención del juez constitucional en casos en los que su deber consiste en evitar que se irrespete el derecho, removiendo las barreras que obstaculizan su goce efectivo. En otras palabras, la deferencia que el juez constitucional debe al debate democrático y a las normas de rango legal como parámetro para avanzar en el cumplimiento de las obligaciones de carácter progresivo de un derecho fundamental, no justifica que dicho juez desconozca su deber de garantizar el goce efectivo de un derecho en casos concretos, dentro del respeto a las normas de rango legal, dando aplicación a la Constitución y adoptando decisiones que usualmente se inscriben dentro de los vacíos dejados por normas infralegales o ineficiencias o mala prácticas de los actores." (:3.4.2.9.4.).

En el reconocimiento de "'obligaciones básicas', que se entenderían incluidas dentro de los niveles esenciales del derecho, cuyo cumplimiento no puede ser diferido, así como algunas de las 'obligaciones prioritarias'"; para lo cual prevé la necesidad de: "adoptar una estrategia nacional", "basada en los principios de derechos humanos" y que tenga en cuenta "los recursos disponibles", con base en la cual se formulen políticas y se establezcan los indicadores y las bases de referencia correspondientes del derecho a la salud.

La formulación de la política que se implemente, debe contar con la participación de las personas:

En especial de aquellas que se verían afectadas por la decisión. El Estado debe garantizar la participación de las personas en (i) la fijación de prioridades, (ii) la adopción de decisiones, (iii) la planificación, (iv) la aplicación y (v) la evaluación de las estrategias destinadas a mejorar la salud" (:3.4.2.12); para terminar en lo pertinente, planteando: 4. El acceso a servicios de salud de calidad y de manera oportuna y eficaz, garantizado por el derecho fundamental a la salud, y 5. Resolución de los casos concretos de acción de tutela que forman parte del presente proceso.; evidenciando 6. Problemas recurrentes constatados dentro de un patrón de violaciones al derecho a la salud. Órdenes a los órganos de regulación para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud; especificando los derechos específicos de sus titulares y resolviendo, entre otros, que <<En la definición de los contenidos del POS deberá respetarse el principio de integralidad en función de los servicios de salud ordenados y de la atención requerida para las patologías aseguradas>>, y particularmente, sobre el principio de la integralidad expresamente mencionado en 4.4.6[185] ».

[185] El avance del principio de integralidad de la sentencia se manifiesta expresa y literalmente en:

La orden "a la Comisión de Regulación en Salud que adopte las medidas necesarias para regular el trámite interno que debe adelantar el médico tratante para que la EPS autorice directamente (a) los servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud (contributivo o subsidiado), diferentes al suministro de un medicamento y (b) como los medicamentos y demás insumos para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones explícitamente excluidas del Plan Obligatorio de Salud, de tal forma que se respete el principio de integralidad." (2.2.4.)

Esta linea jurisprudencial, tal como se evidencia en los textos seleccionados, especialmente los que están en cursiva, ilustra en forma suficiente y consolida la aplicación del principio de la integralidad en el derecho a la salud, al catalogarlo como derecho fundamental *autónomo*, con antecedentes jurisprudenciales del constitucionalismo colombiano –ver sentencias citadas- y en aplicación del bloque de constitucionalidad, especialmente en la Observación General N° 14.

De ser *sostenida y sostenible* –frente a los límites y cambios jurisprudenciales y de los magistrados; las eventuales regresividades a la concepción clásica de los Dfs que se puedan presentar en las reformas constitucionales y de modelo económico y las instrumentalizaciones mercantiles relacionadas con la privatización y lucratización del derecho como servicio-, se posibilitaría, por esta vía, hacer extensivo el reconocimiento de las demás observaciones generales de la ONU que reconocen el carácter fundamental de otros derechos.

Así, se daría un paso decisivo en materia de aplicación del PdI en la constitucionalización de todos los derechos humanos como derechos fundamentales, no obstante las relativizaciones como derechos constitucionales no absolutos, la separabilidad entre la naturaleza del derecho fundamental y la aplicabilidad, advertidos por la Corte en notas

---

En 4.4. Se reiterará, específicamente, que el acceso a los servicios de salud debe garantizarse en condiciones de oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, y de acuerdo con el principio de integralidad (4.4.7.).

4.4.6. La prestación de los servicios debe ser oportuna, eficiente y de calidad. El principio de integralidad (…)Si bien los conceptos de oportunidad, eficiencia y calidad de los servicios de salud comprenden muchos aspectos, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado frecuentemente de problemas recurrentes a los cuales ha respondido aludiendo al principio de integralidad y al principio de continuidad, entre otros.

4.4.6.1. Las entidades deben garantizar integralmente el acceso a los servicios de salud requeridos.

El principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional ante situaciones en las cuales los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que al interesado la entidad responsable solo le autoriza una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud y lo obliga a costearse por sí mismo la otra parte del servicio médico requerido. Esta situación de fraccionamiento del servicio tiene diversas manifestaciones en razón al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir.

… 4.4.6.1. Las entidades deben garantizar integralmente el acceso a los servicios de salud requeridos.

El principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional ante situaciones en las cuales los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que al interesado la entidad responsable solo le autoriza una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud y lo obliga a costearse por sí mismo la otra parte del servicio médico requerido. Esta situación de fraccionamiento del servicio tiene diversas manifestaciones en razón al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir.

5.9. Las dudas acerca de lo que se encuentra incluido o no en el POS deben ser interpretadas conforme al principio de integralidad, mientras no exista un mecanismo institucional para resolverlas.

El noveno y último problema jurídico formulado es ¿Vulnera el derecho a la salud la interpretación restrictiva del POS, según la cual se entienden excluidos los insumos no incluidos expresamente en el POS, y procede en consecuencia su recobro ante el Fosyga cuando son ordenados por un juez de tutela? Como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad. En la práctica este criterio de interpretación del POS implica que en los casos en los que un procedimiento, tratamiento o actividad se encuentra incluido en el POS hay que entender que también lo están, los implementos y demás servicios de salud necesarios para su realización.

precedentes (cfr. 3.2.1.6 -3.2.2.),así *como el libre albedrío y discrecionalidad de las mayorías representativas en el debate de la democracia representativa,* entre otros.

Finalmente, vale observar que en materia de aplicabilidad efectiva de lo ordenado por la sentencia, es determinante el mencionado asunto de la mercantilización de los derechos como servicios objeto de lucro. En efecto, a finales de 2009 e inicios de 2010 el ejecutivo nacional declaró la emergencia social[186], considerando que se habían comprometido *"de manera significativa los recursos destinados al aseguramiento, generando un grave deterioro de la liquidez de numerosas Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y de la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por ende, amenaza su viabilidad, poniendo en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público de salud y el goce efectivo del derecho a la salud y a la vida"*; atentando contra la equidad del sistema, por lo cual expidió un paquete de decretos que aplicará las medidas para obtener su solución. Esta motivación fue seriamente cuestionada en su base estructural, tenien-

6.1.1.3.…En la sentencia T-859 de 2003 (…) [sobre] la importancia constitucional de la discusión acerca del contenido del POS y consideró que la ausencia de certeza acerca de los contenidos del derecho a la salud, protegidos en el POS, constituía una vulneración del derecho a la salud lo cual justificaba la elaboración de unas reglas de interpretación jurisprudenciales. Se dijo en esa ocasión, "La Corte estima que resulta relevante para el juez constitucional dicha discusión, pues está de por medio la definición del alcance del derecho a la salud y la definición de los derechos subjetivos derivados del diseño estatal de su prestación. Los ciudadanos tienen derecho a que exista certeza sobre las prestaciones cubiertas por el sistema nacional de salud.

(…) La indeterminación en estos puntos implica, de suyo, la puesta en peligro del derecho a la salud lo que, en abstracto, autoriza la intervención del juez constitucional." Así pues se han elaborado algunas reglas generales para resolver dudas acerca de la pertenencia de un servicio de salud al POS, y otras reglas específicas aplicables a hipótesis concretas de exclusión.

(i) Las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad. La aplicación concreta de este criterio se ha orientado a señalar que en los casos en los que un procedimiento, tratamiento o actividad se encuentra incluido en el POS hay que entender que también lo están, de conformidad con el principio de integralidad, los implementos y demás servicios de salud necesarios para su realización de tal forma que cumpla su finalidad de lograr la recuperación de la salud. Sobre la justificación de este criterio a la luz del derecho a la salud señaló la Corte: "El derecho a la salud, en los términos de la Observación General N°14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se entiende como el derecho al máximo nivel posible de salud que le permita vivir dignamente (…)."

8. (xi) Acceso a los servicios de acuerdo al principio de integralidad. Toda persona tiene derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requiera. En tal sentido, toda persona tiene derecho, entre otras cosas, a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder integralmente a los servicios de salud que requiere con necesidad, como ocurre por ejemplo, cuando el acceso implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado. En el mismo sentido, las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad.

En el Resuelve. Décimo séptimo (…) En la definición de los contenidos del POS deberá respetarse el principio de integralidad en función de los servicios de salud ordenados y de la atención requerida para las patologías aseguradas.

[186] El control de constitucionalidad de este estado plantea la superación de un test que comprende los presupuestos fáctico (existencia de hecho sobreviniente) y valorativo (si los hechos son graves e inminentes) y el juicio de suficiencia (insuficiencia de los poderes ordinarios del ejecutivo) Ley 137/94.

do como fuentes[187] al Fosyga, las revistas Dinero y Semana y el estudio de Gilberto Barón. *(Cuentas de salud en Colombia* 1993-2003. El gasto nacional en salud y su financiamiento. Bogotá: Ministerio de la Protección social, 2007). Se llegó a probar[188], revisadas las cuentas del sistema y la situación económica de las EPS, lo siguiente:

"Al estudiar la cartera del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), se observa que hay gran cantidad de dinero. A finales de 2009 se contaba aproximadamente con 6,5 billones de pesos. Lo que sucede es que estos en su mayoría (93,7%) se encuentran en inversiones (2,7% en CDT, 18 en TDA, 0,3% en Bonos y 79 en TES). Con estos dineros que hay en el Fosyga, es evidente que resulta factible pagar las deudas que el Fondo tiene con las EPS del contributivo, con los municipios y con las IPS, las cuales ascienden a cerca de $ 2,5 billones de pesos.

Ahora, frente a la situación de las EPS, se observa que desde hace varios años han entrado en una tendencia oligopólica y cinco de ellas están entre las 100 empresas más grandes de Colombia. El patrimonio de las EPS pasó de $531.089 millones en marzo de 2007 a $574.613 millones a la misma fecha de año 2008. Saludcoop nació en 1994 con 2.500 millones de pesos de capital y hoy cuenta con un patrimonio de 439.391 millones de pesos, es decir, que en 16 años aumentó en 176 veces su patrimonio.

Este enorme aumento del patrimonio de las EPS se explica principalmente por tres razones. Primero, por su actividad de intermediación, que le permite quedarse con el 30 por ciento de los recursos de salud; segundo, por la integración vertical que hacen, es decir, se contratan consigo mismas a través de su propia red de IPS; y, tercero, porque establecen un conjunto de barreras administrativas, geográficas y económicas para no entregar los servicios POS que les pagan mediante la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

Por tanto, resulta claro que el problema no es de inexistencia de recursos en el sistema (...)"[189] sino de seguir sosteniendo la alta rentabilidad que este está produciendo, incluso con destinaciones impropias de los recursos.

Al respecto, se ha planteado en el ámbito penal la preocupación de uno de sus expertos de si *"tiene que ver con una nueva modalidad de peculado, que consiste en dar aplicación oficial diferente a recursos destinados a la salud", en el que se podría "indagar si encajaría en esa modalidad delictiva la actuación de un servidor público que en lugar*

---

187 www.fosyga.gov.co/Estadísticas/Portafolio/tabid/313/Default.aspx,www.dinero.com/negocios/salud/eps-balance-rojo_51506.aspx., www.semana.com/noticias-opinion/donde-esta-bolita/134332.aspx

188 Además, se evalúan otros asuntos, como la indefinición o falta de control de los precios de los medicamentos, las limitaciones indebidas a la profesión médica, las barreras de acceso a la atención de los usuarios, la reasignación de pagos por parte de las personas y la sostenibilidad y aumento de las ganancias en el negocio de la salud.

189 http://www.desdeabajo.info/index.php/ediciones/196-edicion-154/6411--en-colombia-sin-derecho-a-la-salud.html (3.03/10)

de usar los recursos del Fosyga para cancelar servicios de salud los utiliza para hacer inversiones en títulos de deuda pública"[190].

b. Desarrollos jurisprudenciales de la integralidad en los derechos de los sujetos de especial protección. Observatorio de justicia constitucional (OJC).

Otros avances de la jurisprudencia constitucional en materia de la integralidad social de los derechos se pueden constatar en los derechos de los sujetos de especial protección. Después de más de quince años de justicia constitucional colombiana, se cuenta con un desarrollo importante en materia de:

- *Los derechos de las personas en situación de indigencia.* Son principales sujetos de protección, dado que constituyen el sector más marginado de la sociedad, que carece de recursos materiales necesarios para vivir con dignidad[191]. Con fundamento en los Arts. 46 (inciso 2) y 13 de la CPC, se definen como derechos objeto de protección de la tutela individual: la asistencia social y la seguridad social.

- *De las personas con discapacidad.* Son consideradas personas en situación de vulnerabilidad con derechos de especial protección. La normativa que la faculta es, especialmente, la de los Arts. 47 y 13, la cual establece la promoción de la integración y participación de las personas con discapacidad a la sociedad, *"mediante la aplicación del derecho a la igualdad de oportunidades en conexidad con los derechos a la educación, a la salud y al trabajo, entre otros"*[192].

- *Los derechos del adulto mayor.* Son sujetos de especial protección amparados por los Arts. 46,1 y 13. Especialmente, en: *"el deber de los familiares de proteger a personas de la tercera edad; la protección de los ahorros de las personas de la tercera edad frente a entidades financieras intervenidas; la prelación de los créditos a favor de personas de la tercera edad en procesos liquidatorios de entidades financieras; la remoción de obstáculos para el libre tránsito de las personas de la tercera edad; o la discrecionalidad de las autoridades para decidir sobre la privación de libertad de personas de la tercera edad"*[193].

- *Los derechos de los trabajadores.* Son considerados derechos de sujetos de especial protección, según los Arts. 25, 26, 39,55 y 56[194]. Se basan en el principio fundante del Estado -junto con la dignidad y solidaridad-, conforme con el Art.1. Y, especialmente, en los principios mínimos fundamentales, establecidos por el Art. 53, de:

---

[190] Yesid Reyes Alvarado. En: Emergencia social y derecho. http://www.elespectador.com/columna191192-emergencia-social-y-derecho-penal (4.03.2010).

[191] http://www.defensoria.org.co/pdf/observatorio/tomo1.pdf p.186.

[192] Ibíd. p.205.

[193] Ibíd. p.119.

[194] Ibíd. p.286.

"*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad"*.

- *Los derechos de los grupos étnicos.* Están consagrados en la CPC como derechos fundamentales de los grupos étnicos y de *"igual modo, en instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Desc), los convenios sobre racismo y diversidad biológica y, especialmente, en el Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales, firmado por el Estado colombiano y ratificado mediante Ley 21de 1991"*[195].

La jurisprudencia constitucional en la consideración de que son sujetos de especial protección, ha tratado los derechos: a la diversidad étnica y cultural; al territorio y a la autonomía; a la consulta previa; a la jurisdicción indígena; a la etnoeducación y, a la etnosalud (Ibíd. pp. 141-165).

-. *Los derechos colectivos.* La justicia constitucional de conformidad con el artículo 4.º de la Ley 472 de 1998 -que reglamenta el artículo 88 de la Carta Política-, reconoce como derechos colectivos: El goce de un ambiente sano; la moralidad administrativa; el equilibrio ecológico; el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible; el espacio público, el patrimonio cultural de la nación, el acceso a los servicios públicos, la seguridad y la salubridad públicas, la seguridad y prevención de desastres predecibles técnicamente; y, los derechos de los consumidores y usuarios. Los asuntos que trata y desarrolla se relacionan con los mecanismos de protección de los derechos colectivos; el medio ambiente sano y recursos naturales, el espacio público, los servicios públicos y, los derechos de los consumidores y usuarios.[196] El amparo de derechos colectivos por parte de la Corte Constitucional se ha dado:

(...) "*mediante las decisiones de tutela de derechos fundamentales conexos con los primeros. Esta práctica jurisprudencial muestra cómo en Colombia la interdependencia e integralidad de los derechos humanos es una realidad {repito, por la vía dependiente de la conexidad: Cap} tanto teórica como práctica. La decisiva importancia de los derechos colectivos para la satisfacción de las necesidades básicas de la persona y del grupo, así como para la realización de los valores de la dignidad, la solidaridad*

[195] http://www.defensoria.org.co/pdf/observatorio/tomo1.pdf p.140.

[196] http://www.defensoria.org.co/pdf/observatorio/tomo2.pdf pp.183-206.

y la autonomía humanas, se ve reflejada en el valor y la función que los servicios públicos y su prestación efectiva cumplen para el bienestar general e individual. La Corte Constitucional ha contribuido con su jurisprudencia en forma decisiva a la consecución de dicho ideal" (Ibíd. p.207).

Finalmente, el listado completo de los derechos observados en el OJC, es el siguiente:

Sujetos de Especial Protección

- Niños y Niñas
- Jóvenes
- Mujeres
- Adultos Mayores
- Personas con Discapacidad
- Personas con Diversa Orientación Sexual (LGBT)
- Personas en Situación de Indigencia
- Personas Privadas de Libertad
- Grupos Étnicos
- Personas en Situación de Desplazamiento
- Trabajadores y Sindicatos

Derechos

- Debido Proceso Penal
- Derecho de Hábeas Corpus
- Derecho de Petición
- Derecho de Hábeas Data
- Derecho de Participación Política
- Derechos Colectivos

Otros Tribunales

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

El seguimiento de sus líneas y subreglas jurisprudenciales se ha logrado institucionalizar en la Defensoría del Pueblo por medio del Observatorio de Justicia Constitucional-OJC, al cual remitimos para su estudio especializado. El enlace se localiza en la siguiente dirección: http://www.defensoria.org.co/?_s=ojc&_es=0&_a=0. y en el aparecen sus publicaciones e informes periódicos, como el de *Tres lustros de jurisprudencia constitucional: Primer informe del Observatorio de Justicia Constitucional de la Defensoría del Pueblo,* coordinado en su oportunidad por el profesor Rodolfo

Arango y elaborado en conjunto por destacados funcionarios de la Defensoría del Pueblo, miembros del Observatorio de Justicia Constitucional (ver enlace).

c. La sentencia T- 091 de 2010 sobre el derecho fundamental al acceso de agua potable.

Además del derecho a la salud, es otro caso de fundamentalización de los derechos sociales basado en las OBSERVACIONES GENERALES PIDESC y la aplicación de la OG. 15.

La Corte Constitucional colombiana, mediante la sentencia T-091 de 2010, consideró que un insuficiente servicio público de acueducto vulnera *los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y la salud, dada la prestación deficiente del suministro de agua.*

La mencionada sentencia, basada en la reiteración de la jurisprudencia, precisó que la provisión de agua potable es *"un objetivo fundamental para asegurar la supervivencia del ser humano",* indisolublemente ligado a gozar del recurso natural vital insustituible, y un *"presupuesto indispensable para el disfrute de derechos fundamentales como la vida, la salud y la dignidad humana."*[197]

"Cuando el agua se destina al consumo humano, realza su propio carácter de derecho fundamental, merecedor de protección mediante tutela"[198]*. Es "indispensable para llevar una vida digna y como prerrequisito para gozar de otros derechos humanos", enunciado que acoge* la OG-15.

Estas consideraciones se inscriben en la aplicación del principio de la integralidad así como en la inherencia de la dignidad de la persona y se concretan, para el caso, en que:

"las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deben procurar que este servicio esencial, como lo es el agua potable, llegue a los usuarios en las cantidades necesarias, más aún a los hogares donde se encuentren menores de edad, como también a guarderías, jardines infantiles, centros educativos, fundaciones, albergues y demás establecimientos a los que suelan acudir o permanecer niños, que deben provocar urgente reacción correctiva en caso de suspensión."[199]

La preceptiva es concordante con la Ley 142 de 1994 y sus decretos reglamentarios, especialmente el artículo 5°, que establece que *"cada municipio del país tiene el deber de asegurar a todos sus habitantes la prestación eficiente y continua de los servicios públicos domiciliarios, como acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, gas combustible y telefonía pública básica conmutada",* y la obligación principal de las empresas es "la prestación continua de un servicio de buena calidad, sin interrupciones, sin cortes y sin racionamientos, hasta donde los recursos económicos lo permitan", cuyo incumplimiento genera falla en la prestación(artículo 136).

[197] T-379 de agosto 28 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell. Citado como antecedente de la T 091

[198] T-381 de mayo 28 de 2009, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Cit. T 091.

[199] Expediente T-2344512 de diciembre 15 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Para la fundamentación normativa del acceso al agua potable como derecho fundamental se consideró el artículo 366 de la Constitución Política de Colombia, que establece como finalidad social del Estado la obtención del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población con el objetivo fundamental de *"la solución de las necesidades insatisfechas",* en especial las de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.

Como antecedente del reconocimiento como necesidad humana básica está la concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos –en el derecho de los niños a disfrutar el más alto nivel de salubridad posible- así como con el *Plan de Acción de Mar del Plata, que "estableció que todos los pueblos, independientemente de su estado de desarrollo y de sus condiciones socioeconómicas, tienen el derecho de acceder al agua potable en cantidad y calidad adecuada para sus necesidades básicas",* el artículo 24.2 de la Convención de los Derechos de los Niños de 1989, que lo vincula con el combate a las enfermedades y la malnutrición mediante "el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, contrarrestando los riesgos de la contaminación del medio ambiente" y, en especial, con la referida Observación General N° 15, como derecho *"indispensable para llevar una vida digna y como prerrequisito para gozar de otros derechos humanos";* agua para "uso personal y doméstico, en cantidad suficiente, segura, aceptable, físicamente accesible y a un precio justo".

D. A MANERA DE CONSIDERACIONES FINALES y de propuesta normativa

El PdI inscrito en el devenir, comprensión e implementación
de los derechos humanos
se inscribe en la construcción de una sociedad
y un Estado Democrático y Social
de Derechos Humanos (ESDH) "para vivir en paz".

1. **El PdI se concibe como institución producida por la humanidad,** en sus luchas de avance y retroceso, de consensos y disensos formados según sus realidades, capacidades, intereses y doctrinas (cfr.: Karel 1998 y Havemann R. 1971). La perspectiva ético-jurídica que asume, ve lo político normativo e institucional vinculado a las relaciones socioeconómicas, de «una realidad material expresada mediante formas sociales o abstracciones reales erigidas como constitutivas de esas relaciones » (Moncayo. 2004, 45-46).

En consecuencia, se apropia del significado de los derechos, en vínculo con el proceso de construcción del ESDH desde la praxis histórica y en el entendimiento de que el derecho, el Estado y la sociedad civil, las normativas y sus instituciones, así como, los demás productos culturales, son el resultado del devenir[200] en el proceso de avance de los derechos integrales, no se concibe en forma lineal, ascendente o en una especie de gradualismo o desarrollismo evolucionista. Si bien, como lo anticipamos, viene de resistencias[201] desde abajo del poder, con conquistas jurídicas, avances y ampliaciones, así como reducciones, regresividades y fracasos que han logrado incluso la "destrucción sistemática de conquistas sociales, económicas, políticas y culturales (…) [de] desregulación laboral y social" (Herrera 2005b: 37).

[200] Estos asuntos conceptuales, hasta en las mismas palabras que les sirven de base para sus elaboraciones -producidas en ese devenir de lo humano-, si desaparecieren en sus contenidos esenciales, disolverían las construcciones que soportan.

[201] Jaime Rafael Nieto L. 2008. *Resistencia. Capturas y fugas del poder.* Bogotá, Ediciones desde abajo.pp.225 y ss.

En negaciones -o fracasos-, algunas, posiblemente, por no responder aún a su momento y sujeto histórico colectivo o, de corresponder éste, ser en últimas derrotas producidas por procedimientos o métodos con gran poder, algunos incluso, decididamente ilegítimos y antidemocráticos, como, los generados –para referir el tiempo contemporáneo- por la hegemonía de globalización neoliberal y la financiarización de la economía –antes mencionada-[202], o de Estados de excepción inconstitucionales; de ECI indefinido y sin solución efectiva que constata grave crisis estructural.

a. Devenir específico del principio de la integralidad PdI

Como se observó, desde sus inicios hasta nuestros días el PdI ha sido y sigue siendo objeto de disímiles planteamientos, tensiones fuertes e incluso antagónicas, lo cual se ha constatado en la existencia originaria de dos Pactos internacionales de derechos humanos (Naciones Unidas.1993: 14-15 y ss.), por las tensiones o diferencias de fun-

---

[202] La globalización neoliberal hoy está puesta en cuestión –entre otros- por la "crisis financiera mundial" y "colapso de la demanda" anticipada por el profesor de economía Nouriel Roubini, de la Universidad de Nueva York, y especialmente en EEUU, por el liberal keynesiano y Premio Nobel 2008 Paul Krugman (autor de The Great Unravelling: El gran engaño).

La crisis de la caída de Wall Street se parangonado "al neoliberalismo lo que la caída del muro de Berlín en 1989 fue al comunismo" y se ha calificado como el "fracaso del modelo económico neoliberal" por el Canciller de Austria Alfred Gusenbauer. (El Tiempo 5 al 12 de octubre de 2008. En: Fellini en Wall Street. Domingo a domingo. PROJECT SINDICATE 1995-2008), y quien al formular la pregunta "Entonces, ¿qué lecciones han de aprenderse del fracaso del modelo económico neoliberal?"; nos responde, proponiendo el fortalecimiento de las instituciones del Estado benefactor [inscrito en el marco del Estado democrático de derechos humanos. Cap]:

"En primer lugar, los mercados necesitan reglas claras. Una regulación más fuerte implica reglas y normas vinculantes legalmente aplicables a todo el globo. Mientras que áreas importantes de la política económica están sujetas a las normasque permiten sanciones penales, el sector financiero tiene un estatuto especial que ya no es aceptable.

Aquellas áreas del sector financiero que han sufrido el mayor daño a la reputación son las que menos se sujetan a la regulación y a la supervisión: el mercado de los derivados, los fondos de cobertura y fondos de capital privado, y las agencias de calificación. Los códigos voluntarios de buena conducta han sido un fracaso tétrico. Necesitamos urgentemente a nivel mundial estándares mínimos aplicables, similares a las que existen, por ejemplo, dentro de la OMC.

Necesitamos una organización de finanzas mundial legitimada democráticamente, equipada con los instrumentos necesarios de regulación, que supervise las principales instituciones financieras mundiales. Esta organización también debería tener autoridad para crear las condiciones para una mayor transparencia, y para aplicar mejores sistemas de alerta temprana e instrumentos para la gestión de crisis.

La regulación recientemente creada no se aplicará necesariamente a todos, pero sólo aquellas instituciones financieras que se sometan a estas normas podrán contar con el apoyo de las autoridades públicas en caso de una crisis. Esto garantizaría tanto la estabilidad fiscal y la innovación fiscal -en contraste con la situación actual, en la que nadie obedecía ninguna norma y, cuando estalló la crisis, los contribuyentes tuvieron que venir al rescate.

En segundo lugar, debería fortalecerse las instituciones del Estado benefactor [Ibíd. Estado democrático de derechos humanos. Cap.].La crisis ha dejado en claro que satisfacer las necesidades elementales de las personas no debe depender de la especulación y de las curvas del mercado de valores. La expansión de la financiación pública para las pensiones, atención médica y seguro de salud es, por lo tanto, crucial.

Por último, tenemos un programa de estímulo económico - un "gran negociación" - y lo necesitamos ahora (…)".

En:http://www.thedailynewsegypt.com/article.aspx?ArticleID=16959

damentación entre la concepción liberal individualista y la del socialismo colectivista dictatorial, que estuvieron ahí expresadas y representadas.

El PdI visto en la actualidad: se enfrenta y supedita a una concepción dominante, a una especie de asimetrismo inconsistente, que infravalora a los derechos sociales y colectivos –estos últimos objetos de otros estudios expertos-, que conserva la herencia de la disección abstracta del alma y del cuerpo(*) en la separación arbitraria del mundo de las ideas y del mundo del cuerpo (Herreño 08: 46-48), de la vida y su existencia en el planeta.

Tal concepción adversa y reduccionista rechaza la ciudadanía universal, la libertad e igualdad básica, el mínimo común de acuerdo universal de la humanidad para su convivencia pacífica y se prueba impotente para resolver estructuralmente el drama social, humanitario y ambiental de nuestros tiempos. Niega los derechos sociales fundamentales, y en síntesis, como lo precisa J. de Lucas (Ibíd.: 97): "esconde una ideología que mantiene una concepción restrictiva de la ciudadanía, esto es, que reserva su disfrute sólo a aquellos sectores sociales con poder, que tienen superado el

---

Sus mismos representantes orgánicos advirtieron "la debacle de los mercados, la constante tensión provocada por los altos precios de los alimentos y los combustibles, así como por los riesgos de pobreza y malnutrición... La ansiedad por la economía mundial", para lo cual se propone un "Nuevo Multilateralismo, según los tiempos que corren, [que] no deberá ser una red fija sino flexible. Tendrá que maximizar las fortalezas de la interconexión y de las instituciones públicas y privadas. Debe estar orientado a la resolución práctica de problemas y forjar una cultura de cooperación. Nuestro Nuevo Multilateralismo debe originar un sentido de responsabilidad compartida por la economía mundial y debe contar con quienes tienen una participación importante en ella. Debemos ampliar la definición de multilateralismo económico para ir más allá del eje tradicional de las finanzas y el comercio. La energía, el cambio climático y la estabilidad de los Estados frágiles son temas económicos. Ya forman parte del diálogo internacional sobre seguridad y medio ambiente, pero son cuestiones que también debe abordar el multilateralismo económico". (Robert B. Zoellick, Presidente del Banco Mundial:

La modernización del multilateralismo:

http://www.portafolio.com.co//economia/economiahoy/2008-10-11/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_PORTA-4597697.html).

Claro, sobre el supuesto de que <<.Las empresas y los mercados privados seguirán siendo los principales propulsores del crecimiento>> [….], y no obstante -observamos-que en los casos de quiebra, los gobiernos son los mayores accionistas –transitorios y limitados, obvio- de salvación económica y política del sistema, ¡previo a haberse negado categórica y sistemáticamente el intervencionismo benefactor por el Estado Neoliberal:

El profesor universitario Cesar Giraldo (Periódico POLO 2008 Vol.1 N° 8: 5), al calificar esta crisis económica y el hundimiento de los mercados financieros, como "la mayor crisis financiera de los últimos ochenta años" que "ha destruido la riqueza financiera del mundo en una tercera parte"; nos manifestó:

> *...Ahora resulta que el gobierno de los estados Unidos que nos impuso la privatización está estatizando el sistema financiero y que nos impuso la desregulación está introduciendo controles. Además nos exige disciplina fiscal y siempre ha sido indisciplinado, nos exige banca Central independiente y la de ellos siempre ha estado al servicio de sus intereses. Predican pero no aplican. Ellos practican el intervencionismo y el keynesianismo y a nosotros nos imponen el neoliberalismo. Eso muestra que no se trata de ideologías sino de intereses privados disfrazados de ideologías.*

(*) Y por supuesto, sin ni siquiera estar superada en los "diseccionadores" las situaciones mínimas de supervivencia o de subsistencia, como nos lo observó Hart.

nivel material de subsistencia y que gozan de medios económicos, de instrucción y de cultura, suficientes para su ejercicio."

El principio PdI en su actual reconocimiento y aplicación, en países con constituciones insuficientes -en razón a que lo reconocen o aplican a medias-, en el mejor de los casos, lo restringe a la versión simple de integridad de un derecho y no a la integralidad de todos los derechos humanos. En las de mayor suficiencia, sufre alguna limitación importante; ya sea por que los tiene en el plano declarativo o porque sus mecanismos son insuficientes, o que sin serlo, en su aplicación plena tienen límites extrajurídicos que no puede resolver siquiera con Estados de cosas inconstitucional. Concepción que como lo reiteramos, en últimas prueba su reduccionismo, insuficiencia, ilegitimidad y ser vulneradora grave de unos derechos a cambio del sacrifico de otros.

b. La reformulación normativa de derechos fundamentales como derecho integrales

Se presenta en un momento en el que empiezan a manifestarse atisbos del juicio de la ciudadanía universal a los modelos que los suprimen o restringen afectando su núcleo esencial. Juicio que exige una reformulación no sólo de los acuerdos económicos o de "new deal"[203], sino, de la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos –como lo propusiera Herrera Flórez. Cf. Infra-; de desarrollo en la democracia participativa y la integralidad de los derechos humanos de la ciudadanía universal, ambiental y de Derechos de los Pueblos:

"[En]…una ocasión histórica única para redefinir el sistema económico mundial en favor de la justicia social (¿Nuevo capitalismo? Federico Mayor Zaragoza, Francisco Altemir, José Saramago, Roberto Savio, Mario Soares y José Vidal. Observatorio Internacional de la crisis)"[204].

La normativa formulada en los términos de la integralidad, posibilita "la ampliación del ámbito de la libertad humana" y de la condición básica para su realización efectiva, en la igualdad básica que promueve el desarrollo de la libertad humana[205]. Se inscribe, en la concreción efectiva de la justicia social, de una "cultura del humanismo humanitario y ambiental" en el marco de una democracia participante, real y efectiva; de una

[203] R. Zoellick. El Tiempo.9.11.08.

[204] http://www.rebelion.org/noticia.php?id=75756

[205] Los derechos como libertad fueron definidos por el profesor Peces-Barba: «Todos los derechos son derechos de libertad, incluidos los derechos que aportan un componente igualitario, como los económicos, sociales y culturales, porque ese componente potencia y refuerza la libertad para todos. Derechos fundamentales de cualquier tipo y realización integral de la libertad como libertad autonomía, como superación de los obstáculos que hacen posible el desarrollo en todas las facetas de la condición humana son lo mismo, en su horizonte todavía en parte utópico, pero no imposible en el desenvolvimiento histórico de la sociedad democrática».

La finalidad de las prestaciones sociales, y su relación con los servicios sociales: "es garantizar el acceso universal a los bienes básicos de toda la ciudadanía puesto que los mercados a pesar de su capacidad para cubrir las necesidades básicas, generan situaciones de exclusión y marginación" (T. Vicente Giménez: 87-88).

forma de Estado democrático Elías Díaz, y en el constitucionalismo, del Socialismo liberal que nos legó en su prefiguración Jesús González.

Posiblemente, implicará que en tiempos venideros conlleve, como lo anticipamos, a la reformulación de textos centrales de la misma DUDH[206], y que reformulamos con algunas aditivas en cursiva, incluyendo su armonización en perspectiva del PdI, así:

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.[207]

PREÁMBULO

[I]. Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base y *prospectiva* el reconocimiento, *protección y realización efectiva* de la dignidad humana [la denominación intrínseca se suprime por los problemas socioculturales de esta expresión, vistos en la fundamentación. Cap] y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, *así como el acceso a los bienes exigibles para una vida digna de ser vivida.*

[II]. Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado *y sigue originando* actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración *y fin* más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de las *libertades y derechos en su integridad e*

[206] Propuesta que, por supuesto, no tiene la consensualidad necesaria de una participación universal comunicativa que recomienda Habermas. Como tampoco, todo el rigor jurídico necesario para este tipo de textos, que incluya además, los desarrollos progresistas de un Estado Constitucional participativo, social y ambiental y de los Pueblos.

Este es el texto que propuso el Prof. Joaquín Herrera 2005b:28-29):

Preámbulo: " ... reconociendo que los derechos humanos no constituyen un "ideal abstracto" que como todo horizonte se aleja a medida que nos acercamos, proclamamos que tales derechos son el conjunto de procesos que los individuos y los grupos humanos ponen en marcha cotidianamente para acceder a los bienes exigibles para una vida digna de ser vivida"

Artículo 1°._ Todos los seres humanos deben tener los instrumentos, medios y condiciones necesarias para poder poner en práctica "procesos de lucha por la dignidad humana"

Artículo 2°._ La dignidad humana es el fin perseguido por los derechos humanos.

La dignidad consiste en la obtención de un acceso igualitario a los bienes tanto materiales como inmateriales que se han ido consiguiendo en el constante proceso de humanización del ser humano

Artículo 3.- Para conseguir lo anterior, los seres humanos en lucha por abrir procesos de dignidad deben tener el suficiente poder individual y colectivo para exigir a las instituciones legislativas, tanto internacionales como nacionales, un sistema de garantías (políticas, sociales, económicas y jurídicas) que les permitan disfrutar del resultado de sus luchas. A tal efecto, se declaran como garantías mínimas las que a continuación se relatan...

Comparemos el prólogo y los dos primeros artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y la nueva redacción que proponemos, teniendo siempre presente que, como cualquier producción cultural, los derechos humanos hay que entenderlos y ponerlo s en práctica en sus contextos históricos concretos (…).

[207] ONU. Asamblea General; 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. En: http.

integralidad [la libertad de palabra y de la libertad de creencias queda incluida y trascendida en esta formulación. Cap]

[III]. Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos efectiva y *realmente* por un régimen de Derecho y un *Estado Constitucional participativo, social y ambiental y de los Pueblos, a fin de que el ser humano* [hombre. Se suprime. Cap] no se vea compelido al supremo y *legítimo* recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión,

[IV]. Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas y *solidarias* entre las naciones y *pueblos del mundo,*

[V]. Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe *y certeza en todos los derechos humanos como* derechos fundamentales del ser humano [hombre: se suprime], en la dignidad y el valor de la persona humana, *los sujetos y los pueblos,* en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover y concretar *materialmente y espiritualmente* el progreso social y a elevar el nivel de vida *dentro del principio de integralidad de todos los derechos humanos* [un concepto más amplio de la libertad,]

[VI] Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo de todos los [a] los derechos y libertades fundamentales del ser humano [hombre. Ídem], y

[VII] Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso,

LA ASAMBLEA GENERAL PROCLAMA la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal *y norma común mínima* para todos los pueblos y naciones *y por la que* deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose y *guiándose* constantemente en ella, promuevan, mediante todos *los recursos y acciones legítimos* [la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional,] su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Todos los derechos humanos son *universales*[208]*, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí.* La comunidad internacional debe *tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.* Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades

[208] Universalidad planteada en el plano axiológico, que para su concreción jurídica debe fundamentarse en el derecho subjetivo y sus titulares (Cfr. R. Arango) y en sus posibilidades concretas de exigibilidad (Abramovich-Courtis).

nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Artículo 1 .Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros y tener los instrumentos, recursos, medios, acciones y condiciones necesarias para poder poner en práctica "procesos de lucha por la dignidad humana" [se inserta al texto original]

La dignidad humana es el fundamento y fin perseguido por los derechos humanos y tiene por condición necesaria de efectividad la obtención de un acceso igualitario a los bienes tanto material como inmateriales que se han ido consiguiendo en el constante proceso de humanización del ser humano [se adiciona con modificación al texto original].

Artículo 2 .Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción o discriminación alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra índole o condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía.

Para conseguir lo anterior, los seres humanos en lucha por abrir procesos de dignidad deben tener el suficiente empoderamiento individual y colectivo para exigir y tener de todas las instituciones y entidades públicas competentes que están obligadas, tanto internacionales como nacionales, un sistema de garantías y ejecución efectiva de (políticas, sociales, económicas y jurídicas), que les permitan disfrutar del resultado de sus luchas.

A tal efecto, se declara: (…)

2. **Los avances de aplicación del PdI se constatan en el ámbito Europeo como Iberoamericano** (Cf. Devenir normativo).

Tal como lo observamos, los avances normativos del artículo 13 de la Constitución de Bolivia- y especialmente el de la normatividad respectiva de la Constitución Ecuatoriana, así como, los desarrollos jurisprudenciales y sus reglamentaciones estatutarias, son avances de aplicación del PdI, a los que se debe hacer seguimiento y apropiación.

En el orden jurisprudencial, destacamos la construcción de la justicia constitucional colombiana, que si bien no comportó inicialmente los soportes normativos y contextos anteriores de la Declaración y Programa de Acción de Viena (93) y correspondió

a un modelo híbrido convergente e incluso ambivalente de sociedad y de Estado[209], expresa el singular aporte del derecho al mínimo vital y algunos avances importantes del PdI en la jurisprudencia constitucional. Unas veces, -como lo observamos en general- resultado de la conexidad de los derechos sociales con alguno de los derechos fundamentales, especialmente en el caso del derecho de la salud en relación con la vida o la integridad. En otros, como el mínimo vital, caso que transciende la conexidad y se sitúa en la indivisibilidad de los derechos con la dignidad y la libertad sustancial; o como, en el caso del desplazamiento forzado por estado de cosas inconstitucional, y no obstante su aplicabilidad progresiva a término indefinido. O, como avance de derecho fundamental autónomo, según lo estableció el fallo de unificación sobre el derecho a la salud, que atendiendo el bloque de constitucionalidad hace importación doctrinal de la fundamentación de integralidad a través de la aplicación directa de las Observaciones del Comité del PIDESC, para que se puedan consideran estos derechos como autónomos, sin tener que recurrir a la figura de la conexidad que pone en discrecionalidad irreglada y dependencia o derivación su reconocimiento.

Así, la aplicación del PdI en los derechos sociales como derechos fundamentales autónomos, se basa en los antecedentes jurisprudenciales que aplican el bloque de constitucionalidad, conforme con la evolución de su protección en el ámbito internacional, particularmente, en las citadas Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que hacen tal reconocimiento y, se fundamentan, en los desarrollos doctrinales que tienen por línea argumentativa el vínculo axiológico, finalístico, consecuencialista e inescindible de integralidad del derecho social con la dignidad humana y el Estado social y democrático de derechos humanos, así como, su vínculo estructural con otros derechos fundamentales -incluidos el mínimo vital-.

Este proceso de fundamentalización jurisprudencial de derechos, tiene la potestad y limitaciones propias del poder judicial (Cfr. Abramovich-Courtis) así como, los cambios doctrinales y jurisprudenciales a que está sujeto –incluida la misma recomposición de las Cortes, y los incidentes de la denominada sostenibilidad fiscal, reiteramos-. Por tal razón, estimamos que es necesario y conveniente conferirle a los derechos sociales fundamentales su mayor importancia en el establecimiento constitucional directo como Derechos sociales fundamentales, en correspondencia con un modelo de sociedad y de Estado[210] que los garantice efectivamente. Es de observar que como lo hemos constatado, las objeciones estrictamente dogmáticas y analíticas a este salto cualitativo de constitucionalización, lo han calificado de ideológicas y falaces (cfr.

[209] En la Asamblea Constituyente hubo una "correlación diversa de fuerzas políticas y sociales se caracterizó por un "equilibrio [concurrente que] hizo de su acción un continuo despliegue de las artes de la negociación y componenda […]"39 —como lo advirtiera, entre otros, Pedro Agustín Díaz Arenas—, lo cual determinó el carácter ecléctico y a veces contradictorio de sus contenidos". En: http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/09/ind_1.pdf p.33.

[210] Lo cual inscribimos en el avance, conquista y mantenimiento de un Estado social y democrático de derecho serio y fuerte, que se sintetiza en el modelo del Estado socialista y democrático de derecho, y un apoyo internacional y nacional solidario y de desarrollo humano no discrecional e irreglado.

supra) y han sido absueltas en forma motivada y consistente desde el concepto mismo de derecho subjetivo, así como, de su exigibilidad y justiciabilidad.

En tal sentido, debe rescatarse lo propuesto como *Ley estatutaria de los derechos fundamentales, por ejemplo, el Proyecto de Ley estatutaria.001/2005 "Por medio de la cual se regula la protección judicial de algunos derechos sociales".* Comisión Primera. En él se establece el reconocimiento, con base al principio de la integralidad -"inescindibilidad e interdependencia de los derechos humanos"- de "La garantía, la protección efectiva de los derechos sociales –entre ellos los derechos a la alimentación, a la salud, al trabajo, a la educación, a la seguridad social y a la vivienda–" y la exigibilidad judicial de derechos sociales, consagrando "normas generales de rango supralegal de las subreglas constitucionales desarrolladas y aplicadas en forma reiterada y consistente por parte de los jueces y tribunales constitucionales del país, en particular por la Corte Constitucional". Para mayor ilustración de su alcance, registramos su exposición de motivos:

«**Los derechos sociales son la sustancia del Estado Social de Derecho. De la protección efectiva de aquellos depende el carácter social de éste.** El tránsito histórico del Estado liberal al Estado social de derecho, supone que al orden jurídico no sólo concierne el aseguramiento de los derechos civiles y políticos, sino también de los derechos sociales, económicos y culturales. La estabilidad y legitimidad políticas de los ordenamientos jurídicos modernos, de cara a las nuevas realidades de interdependencia económica e internacionalización del derecho constitucional, depende en gran parte de la garantía de todos los derechos. No otra es la consecuencia inmediata de los principios de inescindibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

La garantía y protección efectiva de los derechos sociales –entre ellos los derechos a la alimentación, a la salud, al trabajo, a la educación, a la seguridad social y a la vivienda– en la práctica ha estado librada principalmente al desempeño de los jueces. Tal circunstancia ha sido un factor generador de inseguridad jurídica, tanto para los titulares de los derechos sociales como para los operadores jurídicos en general. Es por ello que se impone como una necesidad prioritaria la regulación por vía de ley estatutaria de la exigibilidad judicial de **algunos** derechos sociales, de conformidad con la amplia y reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia.

La proliferación de sentencias de tutela y la permanente reiteración de la doctrina constitucional en relación con los derechos sociales supone exorbitantes e injustificadas erogaciones presupuestales por parte del Estado. Esta situación evidencia una grave ineficiencia en el funcionamiento de las instituciones públicas: frente a elevados costos para la administración de justicia se asegura una reducida protección a los derechos sociales.

El presente proyecto de ley estatutaria "por medio de la cual se regula la protección judicial de algunos derechos sociales" pretende contrarrestar los efectos negativos arriba descritos mediante la consagración en normas generales de rango supralegal de las subreglas constitucionales desarrolladas y aplicadas en forma reiterada y consistente por parte de los jueces y tribunales constitucionales del país, en particular por la Corte

Constitucional. Con tal fin, el presente proyecto de ley estatutaria establece una **protección judicial mínima** de los derechos sociales por vía de la acción de tutela social.

El proyecto de ley estatutaria consta de 38 artículos distribuidos en cuatro títulos que, en su orden, son: Título I – Principios rectores; Título II – Protección judicial de los derechos sociales por vía de la acción de tutela social; Título III – De los derechos sociales en particular; Título IV – Disposiciones finales. Por su parte, el título III se divide en seis capítulos que en su orden son: Capítulo I – Derecho a la alimentación; Capítulo II – Derecho a la salud; Capítulo III – Derecho a la educación; Capítulo IV – Derecho al trabajo; Capítulo V – Derecho a la seguridad social; Capítulo VI - Derecho a la vivienda.

El Congreso de la República tiene con ocasión de la protección judicial de los derechos sociales la oportunidad de contribuir decididamente a la racionalización de los recursos del Estado». Senador: Carlos Gaviria Díaz. Julio 20 de 2005.

3. Este estudio no desarrolló algunos asuntos que le sirven de apoyo, a los cuales difiere

Dado que el centro de interés de este estudio fue la concreción efectiva del PdI en los derechos sociales como derechos fundamentales en el marco del Estado constitucional social y democrático-ECSD y su normativa constitucional; por tal motivo, no se refirió específicamente a otros componentes del ESD y los derechos humanos en su integralidad, que posibilitaran estructurar una teoría más completa sobre la integralidad. Son temas, como:

- *La democracia participativa.* Que transciende la democracia representativa y la formalidad de la democracia, a su dimensión real, directa y participante de la soberanía popular, en la que se posibilite realmente que quien mande lo haga obedeciendo al mandato conferido por la comunidad plural, o, como lo observó Dussell 09[211], en el que la potestad obedezca a la potentia. Esta, participación, entendida en una dimensión pluralista y multicultural, que exprese los diferentes sectores sociales, otorgando prevalencia a los sujetos de especial protección –dentro de los cuales debe comprenderse a los pobres que no tienen los básicos vitales efectivamente garantizados- lo cual hace que el individuo supere su unidimensionalidad en su multidimensionalidad social mestiza y diversa.

- *La dimensión colectiva de los derechos.* De ella existe un importante consolidado doctrinal como derechos e identidades colectivas fundamentales que transcienden a la identidad de los Pueblos, así como, un desarrollo normativo, como el de la normativa internacional de los pueblos indígenas y de los derechos de los Pueblos y en el ámbito iberoamericano del sur, en las referidas constituciones del Ecuador y Bolivia.

  También, de respeto al enfoque diferencial de su tratamiento, en lo estrictamente subjetivo e individual de la persona titular de derechos, como parte integrante de

[211] Enrique Dussel. *Política de la liberación:* Vol.II: Arquitectónica. Madrid: Trotta, 2009.

un grupo o colectivo. Esto último, frente a lo que se ha calificado como posturas comunitaristas que confieren a la comunidad "entidad con personalidad moral autónoma, con identidad propia (…) como titulares de intereses fundamentales no reducibles a los individuos que la integran" (González 04: 157), a lo cual y en contraposición, se presenta la precariedad de la categoría individual que no hace posible o dificulta en forma seria otras categorías y mecanismos de protección nacionales y trasnacionales, diferentes a los de la tutela de derechos fundamentales individuales.

En cuanto a otros asuntos que no desarrollamos. La dimensión ambiental y colectiva. Cuenta con una investigación en perspectiva de integralidad, titulada *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el "Estado ambiental de derecho",* tesis doctoral de Gregorio Mesa Cuadros 2007, de la que tomamos algunos apoyos claves y hemos diferido a su estudio avanzado.

- De *los sujetos sociales vulnerables y en condiciones de especial vulnerabilidad,* como los identificados, se ha venido esbozando en las subreglas del *Observatorio de justicia constitucional de la Defensoría del Pueblo* (:www.defensoria.org.co).

- *De la responsabilidad indirecta y directa de los particulares que detentan poder en la sociedad y un Estado como el neoliberal.* "…en una sociedad dominada y dirigida por poderes privados [que] añade a la defensa de la libertad frente al Estado, su defensa frente a los particulares" (T. Vicente Giménez 06: 80), se plantea un cambio radical de garantía de los derechos y libertades sociales, frente a terceros privados que en ocasiones aventajan al poder público. (Pedro de Vega García 96: 269-270. Cit. T. Vicente Giménez 06: 81)[212]. Los poderes privados "de magnates" se han constituido incluso, como poderes prevalentes y trasnacionales que atienden o infieren con derechos y servicios relacionados con las condiciones básicas de dignidad de las personas.

  Son asuntos que se abordan en estudios como el de las *empresas transnacionales y sus megaproyectos* en relación con los derechos humanos (Cf. Teitelbaum 07[213]9 o en los de justicia constitucional, como el de *La irradiación de la normatividad constitucional en el ámbito de la legislación civil* (Echeverri 09[214]) en

[212] Antonio E. Pérez Luño Coord. 96. *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio;* Madrid, Marcial Pons.

[213] Alejandro Teitelbaum 2007. *Al margen de la ley. Sociedades Transnacionales y Derechos Humanos;* Bogotá, ILSA-CCA José Alvear Restrepo-Observatorio Social de Empresas Transnacionales. Mega proyectos y Derechos humanos, otras.

[214] Álvaro Echeverri Uruburu. *La irradiación de la normatividad constitucional en el ámbito de la legislación civil: los derechos del ciudadano frente a los poderes económicos privados.* En: Revista IUSTA. Nº 31.Bogotá, 2009. pp.89-98.

el que se explora lo relacionado con la responsabilidad social –que a mi juicio debe ser reglada "en lo estrictamente básico y necesario y no discrecional,"- y de prohibiciones de abusos de la posición dominante, que incluya topes a los intereses y ganancias. Ante de la afectación de los mínimos vitales de la población sujeto de especial protección y, en general, de lo relacionado directamente con la afectación de los bienes y servicios vinculados con los derechos fundamentales integrales y las acciones y recursos de protección no solo judiciales, tanto individuales como colectivas.

- En cuanto Estado Social de Derecho y los derechos humanos, con las tensiones de lo que se ha venido denominando como propias del Estado mafioso en el capitalismo criminal (Estrada Álvarez 08[215]) y, las de la legalidad cosmopolita en la tensión con la globalización desde abajo (Sousa Santos-Rodríguez Garavito[216]),son asuntos que ameritan también, un estudio de mayor envergadura, que nos posibilite investigar el Estado integral en la sociedad política y la sociedad civil y económica; transcendiendo el marco del Estado y su normatividad, e incorporando, el ámbito multidisciplinar y multidimensional que trata Morín en la perspectiva de la alteridad de Dussell.

-. *De la administración del Estado social (Rodríguez de Santiago 07*[217]). Este estudio que nos pone en la órbita del derecho administrativo y la administración, no obstante a que no se refiere a la protección constitucional y al control judicial de los derechos sociales en forma equivalente a los derechos fundamentales del Estado de derecho

---

[215] Estrada Álvarez, Jairo 2008. Coord. *CAPITALISMO CRIMINAL.* Ensayos críticos. Bogotá, UN / http://www.espaciocritico.com/

[216] Boaventura de Sousa Santos-César A. Rodríguez Garavito (eds.) 07. *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita;* Barcelona-México; Anthropos.

[217] José Mª Rodríguez de Santiago. 2007. *La administración del Estado social;* Madrid, Marcial Pons. En: http://www.tirant.com/derecho/detalle?articulo=8497684168:

La administración que se encarga de las tareas sociales del Estado (Seguridad social, asistencia sanitaria y a personas dependientes, cultura y deporte, consumidores y usuarios, etc.) tienen sus características propias. Es éste un ámbito extenso en el que hoy tiene carácter definitorio la competencia administrativa de articular la colaboración entre el Estado y la sociedad. En sectores importantes, además, la actuación administrativa social no puede ser dirigida por normas materiales de tipo condicional -¿Cómo podría regularse en una regla de Derecho el consejo que debe darse a un drogodependiente que acude a los servicios sociales?-, sino que el Derecho dirige a la Administración regulando sólo la organización y el procedimiento. Esa organización y ese procedimiento son en el Estado social prestador, por otra parte, los cauces a través de los cuales se hacen valer los derechos fundamentales de los destinatarios de unas prestaciones que se ofrecen en relaciones marcadas, en muchas ocasiones, por su "alta intensidad personal".

El análisis de estas cuestiones, junto con el propósito expreso de hacer del Derecho administrativo social un "sector de referencia" para la construcción sistemática de la parte general del Derecho administrativo, constituyen el objeto de esta obra.

La Administración del estado social, tiene el siguiente ÍNDICE:

Primera parte: fundamentos constitucionales de la administración del Estado social

1. La Constitución Social Española
2. La forma de vincular de los preceptos del capítulo tercero del título primero de la Constitución Española-

Segunda parte: elementos estructurales de la administración del Estado social

liberal –como expresamente lo reconoce y que en nuestro estudio es asunto central e indispensable-; puede apoyar con elementos claves a la tarea propuesta por el Prof. Uprimny sobre la Constitución, de justipreciar el accionar y la responsabilidad de la Administración en la instauración del ESD.

Tal como se observa, trata entre otros, sobre la administración en el cumplimento de los fines esenciales en materia de: 1. La responsabilidad ante el individuo en la necesidad y la pobreza, con "un mínimo existencial adecuado a la dignidad de la persona"; 2. La igualdad social y "control sobre las relaciones de dependencia"; 3. "Seguridad social frente a los riesgos y contingencias vitales", y 4. Responsabilidad de promover la situación económica para la participación democrática de todos en el bienestar[218]; los componentes social y prestador -éste último en "la garantía de la seguridad y la generalidad del suministro de servicios"- y en lo estrictamente institucional del Estado, el "marco organizativo y procedimental adecuado" para hacer efectivas las clausulas sociales [219].

Como se ha precisado desde la doctrina del derecho administrativo alemán, es la línea que trasciende la restricción tradicional de la reserva legal hacia la intervención de la administración y del principio del Estado de Derecho en su exigencia regulatoria, a unos derechos fundamentales "más allá de su función de defensa tradicional". A sus funciones de protección y de prestación, de los derechos ciudadanos en los procedimientos administrativos y en las prestaciones en el área de la seguridad social; a través de la teoría de la esencialidad: "línea guía que todavía requiere ser concretada en el área administrativa" (Maurer 08[220]:53), lo cual, se centra en la legislación y la administración, en "una adecuada regulación legislativa y una eficaz configuración y ejecución administrativa" (Rodríguez de Santiago 07), que como Estado social, promueva efectivamente las condiciones para que la libertad y la igualdad real que exige la justicia social.

---

1. Introducción. El derecho administrativo social como sector de referencia para la construcción sistemática del derecho administrativo
2. Estado y sociedad en la realización de las tareas del Estado social. La escala de la responsabilidad estatal y su articulación administrativa
3. Dos tipos de administración social prestadora: administración aseguradora y administración prestadora de servicios personales
4. Organización y procedimiento en la administración social de las prestaciones personales de servicios y materiales.

218 Cit. Rodríguez de Santiago 2007.

219 Ibíd.

220 Hartmut MAURER 2008. *Introducción al derecho administrativo alemán;* Bogotá, Universidad Santo Tomás. En la vinculación de la ley en materia de la reserva legal, precisó que:

… la restricción tradicional de la reserva legal para intervención de la administración, ya no satisfacía las exigencias del momento, y que por lo mismo, debía extenderse a otros ámbitos. El Tribunal Constitucional Federal alemán, pronto asumió la conducción del tema

(…) El principio del Estado de Derecho exige que se regulen clara, previsible y firmemente las relaciones del ciudadano con el Estado a través de leyes. Los derechos fundamentales, finalmente, se elevaron más allá de

4. Una reflexión final. *Esperamos haber aportado en forma significativa y con la profundidad suficiente a una teoría sostenible de la integralidad de los derechos humanos en los derechos sociales fundamentales.*

Particularmente, aspiro haber contribuido con la sistematización y valoración suficiente de la normativa y jurisprudencia internacional y nacional relacionada con el principio de la integralidad y, de los aportes que los diversos autores han hecho sobre el tema -incluyendo los míos-. En un asunto que se refiere a la aplicación posible y efectiva del principio de la igualdad en los derechos y sus titulares, cuestión que es fundamental para nuestros derechos como seres humanos que aspiramos a unas condiciones esenciales y materiales para hacer posible una vida digna y en paz[221].

Como tal, esta teoría de la integralidad se inscribe en la línea de la construcción cabal del ESD, concepción que sus detractores han pretendido descalificar como de inaceptable "extensionismo e insaciabilidad" de derechos y titulares, la cual debe subordinarse a lo que imponen los "límites razonables de la democracia posible y aceptable" del Estado de derecho. Es el propósito de esta obra que se hayan aportado los argumentos y elementos suficientes que razonablemente justifican porqué *"...ya hay que dar (...) por finalizada la época de la jerarquización de los derechos humanos (...) hay que encontrar una concepción unificada para interpretar la relación entre los dos principales grupos de derechos (...) Que "hace inaceptables todas las formas de [su] privación"; y de su respeto con "las medidas necesarias para realizarlos (...) [en] los elementos necesarios para su garantía* (ONU. Consejo Económico y Social.

---

su función de defensa tradicional. En la sociedad moderna e industrial masificada, el ciudadano depende de múltiples maneras del Estado y de sus resultados. El ciudadano quiere no sólo libertad del Estado, sino también libertad en el Estado y, sobre todo, libertad a través del Estado. En este aspecto también reaccionaron los derechos fundamentales. Su función de defensa sigue estando en primer plano. Esta se completa, sin embargo, a través de las funciones de protección procesales y de prestación. Desde estas diversas fundamentaciones se obtiene la obligación del legislador parlamentario de delimitar y regular no sólo las afectaciones a la libertad y en la propiedad, sino también de ser activo legislativamente cuando, por ejemplo, se trate de la protección del ciudadano frente a peligros derivados del desarrollo técnico e industrial; de los derechos del ciudadano en los procedimientos administrativos y jurisdiccionales y de las prestaciones en el área de la seguridad social. La teoría de la esencialidad, desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal, que establece concretamente que el legislador debe regular todos los asuntos esenciales por vía normativa, ha sido criticada en la literatura jurídica por ser demasiado imprecisa.

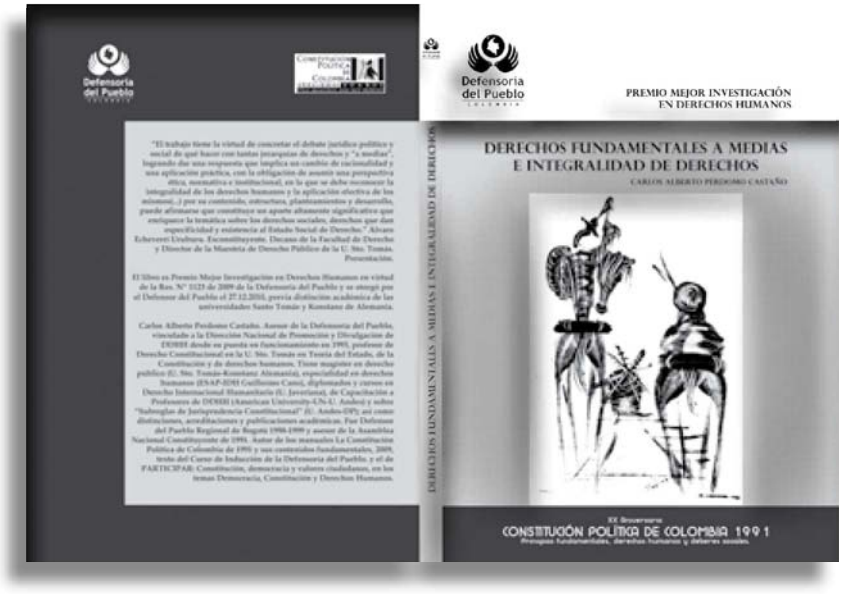
Esta teoría constituye, sin embargo, sólo una línea guía que todavía requiere ser concretada en el área administrativa. La teoría de la esencialidad determina no solo si una regulación legal es necesaria sino también cómo debe ser esa regulación legal. Con esto, se cierra el círculo de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados. El legislador puede conceder márgenes de decisión y de acción a la administración pero debe, no obstante, considerar las fronteras resultantes de la reserva de ley. (:52-53).Subrayados fuera de texto.

[221] El lema "derechos humanos para vivir en paz" fue reconocido por la ONU y legado por quien fue Defensor del Pueblo en Colombia (José Fernando Castro Caicedo). Él, en ese entonces congresista, desgraciadamente falleció por vulneración irremediable del derecho fundamental a la salud, en lo que se ha llamado en Colombia el "carrusel de la muerte". Al respecto, el Defensor del Pueblo, en ese momento, Volmar Pérez, expresó : "Es increíble que no exista en el Congreso, en donde permanecen generalmente unas 400 personas, un servicio de ambulancia y un médico que atienda oportunamente emergencias como estas".En:http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-reacciones-muerte-del-representante-castro-caycedo (7 de mayo de 2008). Otros: www.google.com.co/ fallecimiento de Castro Caicedo.

1993. Relatoría. p 119); lo cual, empezó a sentenciarse con optimismo, como el fallecimiento de la teoría de las generaciones de los derechos humanos[222] y la obtención de ciudadanía de la teoría de la integralidad.

[222] Luis Alfonso Fajardo. *Globalización de los Derechos Humanos: La "teoría de las generaciones" ha muerto, ¡viva la teoría de la generación de Viena¡* En: Revista IUSTA. N° 31. Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2009.

ADENDA



ADENDA 1. LA DECLARACIÓN MUNDIAL DE VIENA DE 1993 –ONU. Antecedentes, Contexto y Significado del Ordinal 5 del PDI

Devenir normativo antecedente[223]. Seguido a la DUDH, se empezaron a desarrollar y afianzar los instrumentos sobre la *Represión* a la *trata de personas* y la *explotación de la prostitución* (ONU, 1949), el Estatuto de los refugiados (ONU, 1951), los Derechos políticos de la mujer (ONU, 1952), las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (ONU, 1955) y el Convenio contra la discriminación (ONU, 1958).

Los años 60 se anunciaron con la Declaración de los derechos del niño (ONU, 1959) y avanzaron con la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (ONU, 1963, 1965). Le siguieron especialmente, los *Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Civiles y Políticos y su respectivos Protocolos (1966, 1976),* con un un consenso universal y *«el mismo plano de importancia y dignidad» (B. Boutros-Ghali. Cit.),* no obstante sus criticados intentos de diferenciarlas.

Estos instrumentos se consolidan, con las *Declaraciones sobre el progreso y el desarrollo en lo social* (ONU, 1969), la Declaración universal sobre erradicación del hambre y la desnutrición (ONU, 1974)), los Derechos de los impedidos (ONU, 1975), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación

[223] Ver ONU. Recopilación de instrumentos internacionales.

contra la mujer (ONU, 1979) y la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* (ONU, 1981).

Los Derechos de los pueblos a la paz (ONU, 1984), *el Derecho al desarrollo* (ONU, 1986), *la Carta mundial de la naturaleza y la Conferencia de Río de Janeiro* (ONU, 1982,1992) –estas, que reconocen el derecho humano del ambiente como patrimonio común de la humanidad -. La Convención sobre los derechos del niño (ONU, 1989) y, especialmente, la Declaración de Viena que establece la integralidad de todos los derechos humanos (ONU, 1993)[224]:

Con estos antecedentes normativos, mediante Res.48/121 de la Asamblea General, el 25 de junio de 1993 se produjo la *Declaración de Viena.* En la declaración de apertura hecha por el Secretario General de la ONU Boutros-Ghali, catalogó a la declaración como forjadora de "una nueva visión de la acción mundial en pro de los derechos humanos hasta el próximo siglo" (ONU 95:1);[225] en con los siguientes rasgos:

La Asamblea General fue convocada desde 1989, teniendo como antecedente la primera reunión mundial de derechos humanos en Teherán en 1968. A los 45 años después de la Declaración Universal, "en notable intuición histórica. Dos meses antes se había desmoronado el muro de Berlín", como se advirtió en su apertura.

Fue realizada en "un grado de participación sin precedentes y en la mirada de miles de millones hombres y mujeres que aspiran a reconocerse en los debates," que se celebraron en su nombre.

Su primer comité preparatorio se realizó en 1991 -cuatro reuniones celebradas en Ginebra- y tuvo las reuniones regionales de Túnez, San José y Bangkok. Su Comité consideró la inclusión de las preocupaciones y perspectivas específicas de las regiones de África, América Latina y el Caribe, Asia y el Pacífico, además de las de Europa y Norteamérica.

Esta Declaración -aprobada por la Asamblea en *consenso convergente* –mediante un debate y diálogo intenso y participativo de diferentes y diferenciados representantes de los Estados (171), tuvo el apoyo de entidades académicas y representantes de organizaciones no gubernamentales (más de 800), fue producto de "la culminación de un largo proceso de estudio y debate acerca de la situación actual del mecanismo de derechos humanos en el mundo"; con las siguientes características identificadas por el mismo Secretario General de la ONU:

- *Sus finalidades.* La conferencia incluyó "*el examen de las relaciones existentes entre el desarrollo, la democracia y los derechos económicos, sociales, culturales,*

[224] ONU. *Conferencia Mundial de derechos humanos. Declaración y programa de acción de Viena.* Junio, 1993. Nueva York, 1995.

[225] ONU.95. CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, Nueva York.

civiles y políticos (...) con la finalidad de hacer recomendaciones sobre los medios para garantizar los recursos necesarios, tanto financieros como de otra índole, para las actividades de las Naciones Unidas en el marco de los derechos humanos"(:2).

En ellas incluyó y aprobó la recomendación de crear el cargo de Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ONU. Res. 48/141. 20.12.93) –previendo importantes delegaciones nacionales como la Colombiana- y en sus objetivos se propuso el estudio de los progresos, los obstáculos y formas de superarlos, el mejoramiento de la aplicación de los textos, la eficacia de los mecanismos.

- *La comprensión institucional de derechos humanos* es la de que los derechos humanos: "no son el mínimo común denominador de todas las naciones sino (...) **lo humano irreductible"**. Es decir "*la quinta esencia* de los valores en virtud de los cuales afirmamos, juntos, que somos una comunidad humana" (:7).

  En el entendimiento, de que lo "inherente a los derechos humanos, por su misma naturaleza, la condición de constante movimiento (…) deben a la vez expresar preceptos inmutables y reflejar un momento de la conciencia histórica. De modo que son a la vez, absolutos en el tiempo e impronta de un momento histórico[226]. (:8). …son por su mismo enunciado, la expresión de una relación de fuerza". (:9).

  El Secretario General, -en la intervención que nos sirve en este aparte de guía-, advirtió para la Conferencia la comprensión institucional en la égida de **tres imperativos: universalidad[227], garantías y democratización:**

- *De la Universalidad:* "*No cabe duda de que los derechos humanos son producto de la Historia (...) [de una] adecuación de los derechos humanos [que] no debe alterar lo que constituye* su esencia misma, es decir su universalidad" (:10), irreductible, de todos los seres humanos sin distingo. Fundamento de la concepción común de los derechos humanos, la cual no se decreta ni "es la expresión de la dominación ideológica de un grupo de Estados sobre el resto del mundo", siendo la Asamblea general de la ONU su ejemplo (:11). Como *profundización permanente de la universalidad* -en su implicación con la integralidad-, de la cual se observa:

(…) aunque al principio prevaleció una concepción general y abstracta de los derechos humanos, dimanante de los valores liberales, como demuestra el texto de la Declaración Universal de 1948, las aportaciones de los Estados socialistas y los Estados del tercer mundo han permitido ensanchar esa visión inicial. Los Pactos de 1966 dan testimonio de ello. "*Nos permiten afirmar y es preciso repetirlo vigorosamente aquí-*

[226] Comprensión renovada de la inherencia iusnaturalista en movimiento, que evidencia una visión de dialéctica naturalista y ve la conciencia histórica como reflejo – ¿determinante, condicionante o mero reflejo mecánico?-, y donde lo absoluto se puede traducir en la irreductibilidad, que se constituye en campo protector que frena la involución hacia lo inhumano y bestial.

[227] Principio que posibilita indentificar la integridad en los derechos.

que los derechos civiles y políticos, por una parte, y los derechos económicos, sociales y culturales, por la otra, ocupan el mismo plano importancia y dignidad".

Todo el mundo sabe que, además, la Asamblea General profundizó su reflexión sobre la universalidad enunciando luego derechos colectivos, que yo –B.Gali– prefiero llamar derechos de solidaridad, derechos que nos remiten a una universalidad proyectada, que suponen la acción conjugada de todos los protagonistas sociales, tanto en el plano interno como en el plano internacional. Desde que la Carta consagró en su Artículo I el derecho de los pueblos a disponer de su destino, la Asamblea General ha enunciado el "derecho a la protección del medio ambiente", el "derecho a la paz", el "derecho a la seguridad alimentaria", el "derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad" y, sobre todo, el "derecho al desarrollo".

(...) noción [que] invita en particular a comprender el cariz moderno del concepto de universalidad. La Asamblea General se adentró mucho en tal camino cuando en 1979 afirmó que "el derecho al desarrolló es un derecho humano" y que "la igualdad de oportunidades para el desarrollo es una prerrogativa tanto de las naciones como de los individuos, que componen las naciones".

En 1986 la Asamblea aprobó un texto aún más claro: la Declaración sobre el derecho al desarrollo, en la que afirma que "la persona humana es el sujeto central del proceso de desarrollo y que toda política de desarrollo debe por ello considerar al ser humano como participante y beneficiario principal del desarrollo". En el mismo texto, dice la Asamblea insiste en las obligaciones correlativas que ese derecho conlleva para los Estados: el deber de cooperar mutuamente para lograr el desarrollo y promover políticas de desarrollo internacional y, en el plano nacional, *garantizar para todos "el acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos".*

Esa profundización del concepto de universalidad me parece correctamente orientada y es preciso seguir por ese camino.

En efecto, debemos tener cabal conciencia de que, si bien las diferencias ideológicas y las desigualdades económicas persisten como realidad de nuestra sociedad internacional, no pueden constituir una valla para *el reconocimiento del carácter universal de los derechos humanos.*

En la actualidad creo menos urgente definir nuevos derechos que conseguir que los Estados adopten los textos que ya existen y los apliquen efectivamente. (12-13) *Negrillas y subrayado* fuera de texto.

- *De las garantías.* Con el planteamiento de que los organismos deben coadyuvar eficazmente a la protección de los derechos humanos, sobre todo cuando puedan aplicar mecanismos y procedimientos de garantía; el imperativo de las garantías es considerado con justeza imprescindible:

¿Qué son los derechos humanos si no hay estructuras y mecanismos apropiados para garantizar su efectividad, tanto en el plano interno como en el plano internacional?

«(…) hay que volver a la esencia misma de los derechos humanos en la sociedad internacional y a las características que le confieren su singularidad (…) por su naturaleza, los derechos humanos invalidan la distinción tradicional entre orden interno y orden internacional y crean una permeabilidad jurídica nueva. No hay que considerarlos, pues, desde el ángulo de la soberanía absoluta (…) Cuando la soberanía se convierte en el argumento último que los regímenes autoritarios esgrimen para seguir agraviando a hombres, mujeres y niños al reparo de miradas indiscretas, entonces -lo digo formalmente esa soberanía está ya condenada por la Historia.

Por lo demás, creo que a todos los miembros de la comunidad internacional importa que la acción internacional se formule y dirija de esa manera. *Nada sería más perjudicial para los Estados mismos que confiar a organismos privados o a asociaciones no gubernamentales la misión de asumir por su exclusiva cuenta -de forma a veces desordenada, peligrosa o inepta- la defensa de los derechos humanos dentro de los Estados (...)* se impone convencer a los Estados que el control ejercido por la comunidad internacional es, en definitiva, el que mejor respeta su soberanía y sus competencias.

Con razón, pues la Conferencia de Viena ha decidido evaluar los métodos y los mecanismos empleados para garantizar los derechos humanos, con el propósito de perfeccionarlos. En efecto, es importante que todos nosotros tengamos conciencia de la evolución que se ha producido, en lo que atañe a esos controles, en el plano administrativo, en el plano jurisdiccional y en la esfera operacional.

En el plano administrativo, el número de procedimientos destinados a garantizar los derechos humanos se multiplica desde hace varios años, no sólo en las Naciones Unidas, sino también en organismos especializados como la Organización Internacional del Trabajo o la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, o en instituciones regionales como el Consejo de Europa o la Organización de los Estados Americanos.

Dentro de las Naciones Unidas, hasta se advierte una proliferación de órganos en la materia cada uno de los cuales está encargado de velar por la aplicación correcta de una determinada convención. Piénsese en la función que desempeña, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura, el Comité de los Derechos del Niño, etcétera. En el plano general, cabe adjudicar un lugar destacado a la Comisión de Derechos Humanos y al Centro de Derechos Humanos (…).

[Garantías, que incluyen] las de la asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares, la noción del derecho a la asistencia humanitaria ha pasado a ser, en cierto modo, una de las dimensiones operacionales de las garantías de los derechos humanos.» (:15-18).

- *Y de la democratización.* Es la última regla de conducta -y, sin duda, la más importante-, va ganando gradualmente la conciencia internacional, es indisociable de la protección de los derechos humanos:

Dicho con mayor precisión, *la democracia constituye el proyecto político en el que debe inscribirse la garantía de los derechos humanos (...)* es el sistema político mediante el cual se afirman con mayor libertad los derechos individuales [en su coimplicación con la dimensión social de integralidad de los derechos -Cap] (…) *conviene decirlo enérgicamente: la democracia no es patrimonio exclusivo de nadie.*

Puede y debe ser asimilada por todas las culturas. Puede alentar en formas múltiples a fin de incorporarse mejor a la realidad de los pueblos. La democracia no es un modelo que haya que copiar de ciertos Estados, sino un objetivo para todos los pueblos. *Es la expresión política de nuestro patrimonio común. Es un bien que debe ser compartido por todos. Por consiguiente, a semejanza de los derechos humanos tiene dimensión universal (...)* la democratización no debe ser motivo de inquietud para algunos sino, al contrario, una aspiración para todos los Estados. Así debe establecerse (…) el vínculo que ya existe en nuestra mente entre democracia, desarrollo y derechos humanos.

Una cosa es segura: no puede haber desarrollo duradero sin promoción de la democracia y, por ende, sin respeto de los derechos humanos. (…) Sólo la democracia confiere su significación al desarrollo *(...) únicamente el desarrollo de cada cual garantizará la paz para todos.*

En efecto, cada día nos confirma que los regímenes autoritarios son, en potencia, fautores de la guerra y que por el contrario, la democracia es una garantía para la paz. (: 19-21).

- *La normativa de la Declaración y programa de acción de Viena.* Consta de 16 considerandos y 139 numerales distribuidos en dos secciones. La primera, declarativa, con 39 numerales y la del programa de acción, con 100. Sus observaciones en materia de pautas generales corresponden a lo anteriormente presentado. Sus considerandos plantean, entre otros:

- La prioridad para la comunidad internacional de la promoción y protección de los derechos humanos, con el "fin de *potenciar y promover una observancia más cabal de esos derechos, en forma justa y equilibrada";*
- *Que "todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana,* y que ésta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales";
- La realización del "respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos", subrayando *"la responsabilidad de todos los Estados,* de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, de fomentar y propiciar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales *de todos,* sin hacer distinción alguna por motivos de raza, sexo, idioma o religión";

- La determinación de "preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra [y de] crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto de las obligaciones emanadas de los tratados y otras fuentes del derecho internacional, promover el progreso social y elevar el nivel de vida"

Y, especialmente del *"respeto del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos,* en condiciones de paz, democracia, justicia, igualdad, imperio de la ley, pluralismo, desarrollo, niveles de vida más elevados y solidaridad", imbuido "del espíritu de nuestro tiempo y de la realidad actual que exigen que todos los pueblos del mundo y todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas emprendan con renovado impulso la tarea global de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales para garantizar el disfrute pleno y universal de esos derechos" (cursiva y negrilla fuera de texto); consideraciones que confluyeron en el su citado artículo 5.

Su numeral 5 de la sección 1, estableció el principio de la integralidad en la dimensión contemporánea, integral y global de los derechos humanos y es caracterizado como salvaguarda de *"los principios de universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos"*[228], en el renombrado texto:

5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad ***y dándoles a todos el mismo peso.*** *Debe tener en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos,* pero los estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de *promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (s. n.).*

Carrillo Salcedo 99, refiriéndose al segundo enunciado del articulo 5 -los factores de particularidad ideológica, cultural, social y económica- *observa que la universalidad no significa uniformidad y se constituye en* equilibrio entre universalidad y relativismo:

"Estamos, por tanto, ante una solución equilibrada para la tensión entre universalidad y particularismos, en la que aquella quedó firmemente salvaguardada", frente al impulso de los particularismos impulsados por la Conferencia Islámica y algunos países asiáticos y a la negativa de las Organizaciones No Gubernamentales defensoras de derechos humanos, que "se opusieron a las pretensiones de particularismos de los Gobiernos."

[228] Carrillo Salcedo, Juan Antonio: *Dignidad frente barbarie*. La Ddeclaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después, Trotta, Madrid, 1999.

Las ONG[229] sostuvieron que: Los Gobiernos no deben utilizar las diferencias culturales para tratar de justificar la violación de normas universales e imperativas de los derechos humanos: "al tiempo que se promueve el pluralismo cultural, no pueden tolerarse las prácticas contrarias a los derechos humanos universalmente aceptados, entre ellos los derechos de la mujer". Aspecto que es complementado por las ONG Árabes, que señalaron: "varios países utilizan este pretexto para eludir el escrutinio internacional sobre el cumplimiento de diversos instrumentos jurídicos de derechos y libertades fundamentales que les obligan".

A su vez, Hernando Valencia Villa[230], al texto en estudio, le observó que:

"*En la actualidad, en lugar de derechos del hombre o libertades públicas, parece haberse impuesto la expresión «derechos humanos», que carga el acento en la pluralidad tanto de los derechos como de los humanos porque se entiende que la libertad es multiforme, que la diversidad es la característica distintiva y quizá constitutiva de la humanidad, y que la legitimidad misma de las libertades depende de su universalidad. Así lo ha subrayado con energía la Declaración de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos realizada en Viena en junio de 1993":(:36).*

Esta Declaración, como lo alcanzó a observar Luis Fernando Maldonado Guerrero en la introducción de *Escritos para el estudio de los derechos humanos* (Maldonado-Sánchez: 2000), le dio un nuevo momento y valoración a los derechos humanos, al definir:

el carácter integral de los Derechos Humanos, como derechos universales, inalienables e interdependientes, superando en parte la antigua formulación entre derechos fundamentales, derechos económicos y sociales y derechos universales como derechos distintos. Por ejemplo: el desarrollo se considera un derecho humano, que significa que el crecimiento de las sociedades tiene como eje central la persona y no los bienes.

Mesa 07 significa como un acierto, como la superación de "las visiones meramente individualistas, universalistas abstractas [para] pasar a un espacio mucho más enriquecido de los derechos humanos como *integralidad*, interdependencia, igualdad y universalidad, en un mundo cada vez más complejo, diverso, injusto y global".

[229] Informe de C. Villán Durán. *Curso de derecho internacional de Derechos Humanos,* I.I.D.H. Estrasburgo, 1996. F. O. Salvioli y otros: *La Conferencia de Viena: el debate sobre derechos humanos en las relaciones internacionales contemporáneas*, I. R. I.- U-N de la Plata, 1993.

[230] Cit. Los derechos humanos. Pág.36.

Agenda 2. Discusión Pendiente Sobre La Fundamentalización Integral Del Derecho Al Agua

El Art. 12 de la Constitución del Ecuador, en los derechos del buen vivir, catalogó el derecho al agua de "fundamental e irrenunciable" y como "patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida" (Art. 12). En Colombia se han hecho algunos avances (T-091 de 2010), se propuso este reconocimiento por vía referendo (aunque su texto fue modificado en el Congreso) y, se ha contado con importantes cuestionamientos al acceso al agua potable como derecho fundamental[231]. Dada su importancia en materia de integralidad de los derechos, nos referiremos a uno de los principales cuestionamientos:

Se cuestiona que a diferencia de los derechos -como el de no ir a prisión sin orden legal o la libertad de expresión- que se defienden ante todo con normas legales, hay otros "cuya protección depende de acciones concretas de la sociedad o el Estado, o cuya violación surge de situaciones complejas, que es difícil impedir con mecanismos judiciales", que por su normativa misma "no produce resultados claros" o no posibilita por si misma su resolución –como los derecho a la paz o a la vida- y que, pretender

[231] CF. Texto completo en: http://www.jorgeorlandomelo.com/aguaderecho.htm (21 de agosto de 2008).

Entre el derecho y la política. Dos razones para dudar si el referendo sobre el agua es una buena idea. (*) En:http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/jorgeorlandomelo/entre-el-derecho-y-la-politica_4458421-1

hacerlo es "pasar los problemas del mundo de la política al de la justicia, a creer en la magia de la ley y el fetichismo constitucional":

"Escribir en la Constitución los diez mandamientos suena bien, pero no es práctico, pues pone la ley a consagrar valores morales y políticos y no a dar reglas para que la sociedad defina y redefina sus políticas. Estas deben ser el resultado del debate público incesante, y poner en la Constitución fórmulas más o menos inmutables y abstractas sobre el derecho al agua reduce el ámbito de la discusión pública y el campo de acción del Legislativo. Y los jueces tendrán que interpretar textos abstractos y ambiguos para decidir si una ley es conveniente o si lleva a hacer efectivo el derecho al agua".

Máxime, continúa el cuestionamiento, si lo que se pretende es establecer "el monopolio estatal para la entrega de agua potable a los particulares", propiciando –"en algunos casos"- "administraciones clientelistas y corruptas", manejos burocráticos "sin un desarrollo tecnológico y creativo que permita enfrentar situaciones difíciles", sobornos o apalancamientos. Y, si bien, llega a reconocer como indiscutible que el agua, como la comida, son derechos fundamentales de todo ser humano, reafirma la necesidad de "una política de protección de los recursos hídricos (y es lógico fijar esto como objetivo del Estado), un mecanismo de tarifas que subsidie los servicios básicos a los más pobres, pero permita financiar su ampliación, y una regulación y un control muy estrictos, por la ciudadanía y el Estado, de la gestión pública o privada de esos servicios" pero sin "principios constitucionales eternos" que sustituyen "lo que deberían decidir los ciudadanos a través de una discusión política permanente", principios que en rigor , valga precisar, no tiene nada de eternos.

Al respecto, si bien en buena parte este tipo de objeciones ya son tradicionales y otras se comparten para resolver desde lo público en régimen de economía mixta, perseveran en anacrónica falta de cabal rigor. Veámoslo por partes:

1. La diferencia de los derechos entre derechos negativos "que se defienden ante todo con normas legales" y que requieren del Estado solamente su abstención de irrespetarlos, así como, la de positivos, prestacionales o progresivos "cuya protección depende de acciones concretas de la sociedad o el Estado, o cuya violación surge de situaciones complejas, que es difícil impedir con mecanismos judiciales", es una de las primeras clasificaciones que hoy en día resultan superados, por no decir anacrónica, obsoleta.

   Bástenos recordar lo planteado por Abramovich-Courtis, en el sentido de que no es una característica que se pueda imputar solamente de un tipo de derechos y que, incluso, ambas características pueden compartirlas simultáneamente. Bastante camino se trasegó para llevar al Estado a que sólo terminara absteniéndose de irrespetar –cuando no existían las libertades que aporta el Estado de derecho- y bastante se tienen que invertir en la seguridad ciudadana para hacerla posible.

Tampoco, se trata de "pasar los problemas del mundo de la política al de la justicia, a creer en la magia de la ley y el fetichismo constitucional [de] principios constitucionales eternos"; de realizar los derechos a través del mismo derecho y sus normas, en un normativismo iluso que pretende resolver o evadir los problemas concretos de la realidad en prescripciones regladas y en mecanismos judiciales, que suplantan la política por el derecho y las necesarias "acciones concretas de la sociedad o el Estado".

Al respecto diremos más bien, que se trata de poner los asuntos de los derechos humanos fundamentales en su perspectiva pública de prevalencia, fundados en la dignidad humana, en la normativa e institucional que le compete al derecho, al Estado y a la misma sociedad que detenta el poder. Como lo propio de un constructo social y normativo que exige garantías constitucionales, de un derecho fundamental, individual y social, pública y directamente garantizado, que atiende el principio de progresividad reglada en el Estado social de derecho. Que como derecho fundamental un sentido fuerte y real de interés público, universal e inenajenable, que pone por encima lo esencial para la vida de todos, en la atención de necesidades esenciales de supervivencia individual y colectiva que, el Estado y la sociedad económicamente poderosa no ha atendido con seriedad y fortaleza.

Aspecto que, evidentemente, es contrario al de poner en primer orden los intereses y privilegios privados, los derechos de carácter patrimonial negocial, que tienen su prevalencia en las utilidades y ganancias económicas, en el lucro como interés subordinante y especulativo. En los que por demás, tal como lo orientó y presentó el privatismo del Estado neoliberal originario de las teorías de Robert Nozick, Friedrich Hayek y Milton Friedman con su célebre Escuela de Chicago, en su crítica a lo público, establecen un supuesto monopolio exclusivo de la eficiencia en lo privado, dueño de la rectitud y del manejo no clientelista y burocrático, de la tecnología y creatividad, entre otros asuntos que con sólo enfrentarlos a la esfera estadística de los delitos relacionados con estas especies y las quiebras y liquidaciones forzadas, ya nos demuestran plenamente que son asuntos que se comparten entre las esferas privada y pública, según las prevalencias de las coyunturas y circunstancias.

2. El asunto, termina refiriéndose a la concreción efectiva de los derechos sociales como derechos fundamentales, en lo relacionado con el acceso y disponibilidad del agua potable, que como lo hemos constatado, cuenta con reconocimiento normativo y jurisprudencial importante. De un supuesto monopolio estatal para la entrega de agua potable a los particulares, en los casos de las empresas públicas de servicios públicos domiciliarios, que se han podido defender como patrimonio público, en administraciones eficientes y dotadas de suficiente infraestructura y desarrollo tecnológico, que por demás, desarrollan una actuación que no es incompatible con la prestación privada, controlada y subordinada de servicios, en un régimen de economía mixta que cuenta con la participación y el control ciudadano y democrático.

Asunto central es el conflicto de intereses que surge en torno al acceso de bienes esenciales. Lo podemos encontrar suficientemente ilustrado en el estudio de Santos-Rodríguez (2007)[232], quienes al referirse en el ámbito internacional al negocio de los fármacos -productos aún más complejos en su elaboración que el agua-, diferencian en el ámbito jurídico la tensión entre las reivindicaciones de las empresas trasnacionales, las de ONG y las de Gobiernos de países en desarrollo, donde las primeras se estructuran como derechos patrimoniales de propiedad, mientras que las segundas, que buscan el acceso a bienes asequibles, *"se califican como excepciones legales al libre comercio o como derecho blando contenido en las declaraciones generales de los preámbulos"*.

« Estas distinciones jurídicas formales, basadas en la interpretación de acuerdos internacionales *creados en un contexto de poder asimétrico, proporcionan el sustento que permite retrasar y evitar el reconocimiento de las necesidades urgentes de aquellos cuyas vidas y futuro está en juego (...)*

[No obstante] El régimen comercial y de propiedad intelectual internacional ha comenzado a cambiar presionado por esta nueva solidaridad (...). *Primero, existe una nueva aceptación de la perspectiva de los derechos humanos* por la cual el impacto sobre la salud de cualquier opción o interpretación jurídicas concretas se entiende como una consideración igual de legítima que otras a la hora de evaluar la validez una norma comercial o de propiedad intelectual determinada. *Segundo, existe un reconocimiento de que las consideraciones acerca de los derechos humanos y de salud esenciales son un correctivo fundamental a la hora de valorar la distinción actual entre las llamadas obligaciones del derecho duro y los principios o compromisos de derecho blando.*

(...)En lugar de confiar en tendencias débiles hacia la flexibilidad legal, las ONG, las organizaciones internacionales y los Estados (…) *podrían comprometerse en la construcción de esta nueva solidaridad compleja y multifacética* con el propósito- de respaldar una interpretación del comercio internacional y del régimen de propiedad intelectual que se basara *en los derechos humanos. Ésa sería una interpretación que pondría a la salud pública por encima de las reivindicaciones de la propiedad.* (: 126). (Cursiva fuera de texto)».

Es evidente que no se trata de desconocer las características materiales y situaciones concretas que se requieren para la efectividad de este tipo de derechos, a lo que la doctrina internacional de los derechos humanos les aplica -cuando lo requieren- el principio de la progresividad; dada su imposibilidad de aplicación directa o inmediata y su necesaria realización progresiva y reglada. Estos han tenido su amparo vía jurisprudencial progresista del liberalismo social, por la técnica de la conexidad con los DF del demoliberalismo individual.

[232] Boaventura de Sousa Santos y César A. Rodríguez Garavito. 2007. *El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita;* Barcelona, Anthropos Editorial; México, UAM Cuajimalpa.

Más bien se trata, como se indicó, de que en su tipología de fundamentales, su reconocimiento, exigibilidad, garantía y realizabilidad, se concrete mediante políticas públicas, prestación y presupuesto adecuado- otorgándole un carácter fuerte, obligatorio y de discrecionalidad reglada a su cumplimiento -que trate las variables objetivas de la progresividad en un seguimiento riguroso de garantía y aplicabilidad de sus elementos mínimos esenciales (Defensoría del Pueblo.PROSEDHER.2006[233]), en los factores básicos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad (Sistema de las 4 A) sin los cuales, *la fundamentalidad sería efectivamente una abstracción jurídica vacua,* que no protege a las personas en condiciones de vulnerabilidad, en las necesidades y expectativas reales de carácter vital .

Todo esto, si se quiere en términos estructurales, sin "el ilusionismo" que desconoce la consideración –que generalmente se omite- de que el E. Social es una forma de Estado derivada del estado capitalista demoliberal. El cual, para su legitimidad y cohesión del orden que sustenta, contempla el reconocimiento y realización de derechos sociales y colectivos, en mínimos vitales y de dignidad, que coexisten con la propiedad, el capital –con el tipo de relaciones socioeconómicas de subordinación que impone- y las libertades demoliberales.

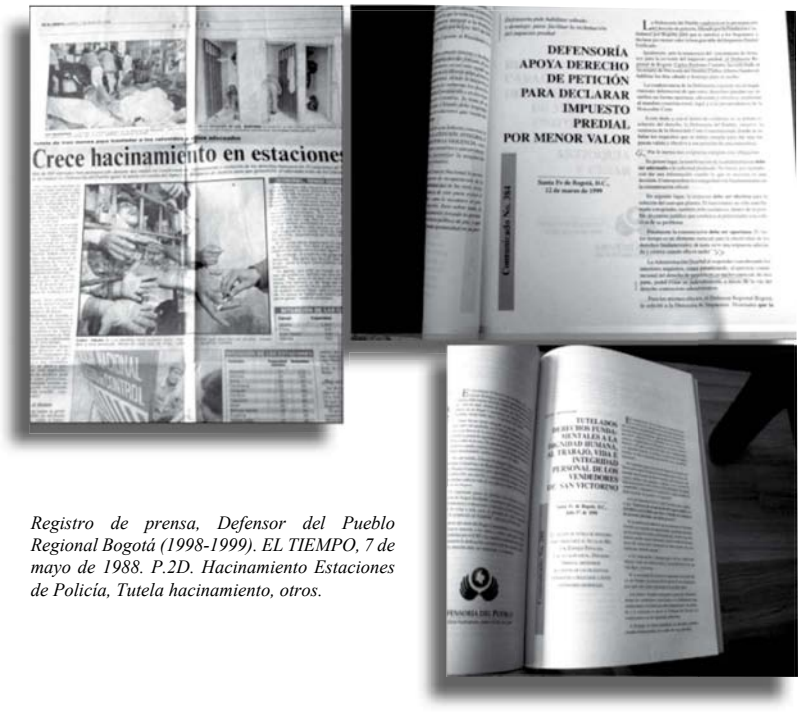
Con medidas económico-sociales del Estado-Providencia, que como se llegó a caracterizar en perspectiva crítica del modelo de ESD planteada por (Poulantzas 2005)*: "están sólo referidas* a la reproducción ampliada de la fuerza de trabajo y *han sido impuestas en determinadas condiciones* sociales e históricas: *""necesidades" populares: desde la seguridad social a la política relativa al paro y al conjunto de sectores, ya mencionados, del consumo colectivo(...) famosas funciones sociales del Estado [que] dependen directamente, tanto en su existencia como en sus ritmos y modalidades, de la intensidad de la movilización popular: ya sea como efecto de las luchas, ya sea como tentativa del Estado para desarmarlas por anticipado." (:225).*

Funciones sociales del Estado que "*no existen, de un lado (...) favorables a las masas populares, impuestas por ellas, y, de otro lado, funciones económicas a favor del capital. Todas las disposiciones adoptadas por el Estado capitalista, incluso las impuestas por las masas populares, se insertan finalmente, a la larga, en una estrategia a favor del capital, o compatible con su reproducción ampliada"* (: 225); si bien, son medidas o concesiones que se dan según "la relación de fuerzas con las clases dominadas y sus resistencias" que garantizan en la función cohesionante del Estado la reproducción de la hegemonía y la dominación, y que de cambiar dicha relación de fuerzas, las *"«conquistas populares» pueden ser despojadas progresivamente de su contenido y carácter iníciales de manera indirecta y encubierta"* (:226); cuando no, en forma directa mediante Estado o régimen de excepción.[…].

[233] Defensoría del Pueblo.PROSEDHER.2006: *SISTEMA DE SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE SALUD A LA LUZ DEL DERECHO DE SALUD,* Bogotá, Cap. I, Ord. 31.

Por el contrario, a falta de tales alternativas de constitucionalización seria de los derechos sociales como derechos fundamentales, en un modelo de desarrollo de seguridad humana y una aplicación fuerte -como la que aquí se propone- se estará otorgando la razón a quienes a priori consideran cualquier posibilidad jurídica e institucional como ese sí "ilusionismo estatal [que] configura de cierta manera una forma de *discurso histérico que pide al amo demandas imposibles de cumplir, como la renta básica o la protección de los derechos humanos."*[234] (NIETO L. 2008: 25).

[234] NIETO L. Jaime Rafael. 2008. Resistencia. Capturas y fugas del poder. Desde abajo, Bogotá.



Registro de prensa, Defensor del Pueblo Regional Bogotá (1998-1999). EL TIEMPO, 7 de mayo de 1988. P.2D. Hacinamiento Estaciones de Policía, Tutela hacinamiento, otros.

Sociedad Colombiana de Topógrafos, miembros correspondientes SCI, 25 de marzo de 2011. Ex presidentes. Fotografía: Beatriz Helena Wilches Acuña

Primera comunión del tío Mario. In memorian: Lucrecia (centro), Margarita y Myriam (derecha). Fotografía del autor.

* * *

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor_COURTIS, Christian.2004. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta.

ALEXI Robert. 1997. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES.

_____. 1995. Teoría del Discurso y Derechos Humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ARANGO, Rodolfo. 2004. Derechos, constitucionalismo y democracia. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N°33.

_____. 2005. El concepto de derechos sociales fundamentales; Bogotá, Legis.

ARANGO, Rodolfo_LEMAITRE, Julieta.2002. Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital. Bogotá, Universidad de los andes-CIJUS.

BLACKBURN, Robin. 1993. Después de la caída: el fracaso del comunismo y el futuro del socialismo. Barcelona, Crítica.

CARBONELL, Miguel edit. 2005. Neoconstitucionalismo (s). Madrid, Trotta.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. 1999. Dignidad frente barbarie. La declaración Universal de derechos humanos, cincuenta años después. Madrid, Trotta.

CHINCHILLA H, Tulio Elí. 1999. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Bogotá: TEMIS.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. 2007. Compendio normativo y Jurisprudencial de Atención al desplazamiento Forzado. Tomo III Informes: Informes de seguimiento y evaluación de cumplimento a las órdenes de la Sentencia T-025 de 2004.

_____. 2006: SISTEMA DE SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE SALUD A LA LUZ DEL DERECHO DE SALUD, Bogotá, Cap. I, Ord. 31.

DÍAZ GARCÍA, Elías. 1981. Estado de derecho y sociedad democrática, Madrid, Taurus.

DWORKIN, Ronald. 1996. La comunidad liberal. Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores.

ECHEVERRY URUBURU, Álvaro. 2002. Teoría Constitucional y Ciencia Política: sexta edición. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

ENGELS, Federico.75. Del socialismo utópico al socialismo científico. Obras escogidas Marx-Engels. Moscú, Progreso.

ESTRADA ÁLVAREZ, Jairo 2008. Coord. CAPITALISMO CRIMINAL. Ensayos críticos. Bogotá, UN.

FAJARDO SÁNCHEZ, Luis Alfonso. Coord. 2006. Los invisibles y la lucha por el derecho en Colombia. Bogotá, Universidad Santo Tomás.

FERRAJOLI, Luigi. 2001a. Derechos y garantías: la ley del más débil. Segunda edición. Madrid. Trotta.

_____. 2001b. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid. Trotta.

FIORAVANTI; Maurizio. 2003. Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones. Madrid. Trotta.

FORO SOCIAL MUNDIAL. Porto alegre 2002. Bogotá, Fica.

FROMN, Erich y otros. 66. Humanismo socialista. Buenos Aires, Paidós.

_____. 1998. El humanismo como utopía real. Barcelona, Paidós.

FUKUYAMA, Francis. 2003. El fin del hombre: Consecuencias de la revolución biotecnológica. Barcelona. Ediciones B.

GIDDENS, Anthony. 2001. La tercera vía y sus críticos. Madrid, Taurus.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. 2004. Autonomía, dignidad y ciudadanía. Valencia. Tirant Lo Blanch.

_____. 2001. Concepto y fundamento de los Derechos Humanos. Bogotá, Defensoría del Pueblo.

HERREÑO HERNÁNDEZ, Ángel Libardo 2008. ¿TODO O NADA?: Principio de la integralidad y derechos sociales. Bogotá, Ilsa. Textos de Aquí y Ahora.

HERRERA FLORES, Joaquín. 2005ª. Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto. Madrid, Catarata.

_____. 2005b. Los derechos humanos: una visión crítica. Fundación Iberoamérica de Derechos Humanos. www.fiadh.org.

_____. 1989. Los Derechos Humanos desde la Escuela de Budapest. Madrid, Tecnos.

JESSOPP, Bob. 1999. Crisis del Estado de Bienestar: Hacia una nueva teoría del Estado y sus consecuencias sociales. Bogotá, Siglo del Hombre-UN.

KAUFMANN, Arthur. 1977. La filosofía del derecho en la Posmodernidad. Monografías jurídicas 77. Ed. Temis, Bogotá.

_____. 1977, 1999. Filosofía del derecho. Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia,

LASKI, Harold. 1953. El liberalismo europeo, México, Fondo de Cultura Económica,

LENIN. El socialismo utópico y el socialismo científico. Moscú, Progreso:

LOEWENSTEIN, Karl. 1965. Teoría de la Constitución. Barcelona, Ariel.

M.A., Alonso, GIRALDO J. eds. 2001. Protección Nacional e internacional de los derechos humanos. ARANGO, Rodolfo. Ciudadanía y derechos humanos sociales. Medellín, Escuela Nacional Sindical.

MAGENDZO K, Abraham. 1997. La invisibilidad del Otro y la Educación en Derechos Humanos. En: Revista Politeia, Bogotá. Universidad Nacional de Colombia.

MALDONADO, Carlos Eduardo. 2000. Derechos humanos, solidaridad y subsidiaridad. Santa Fe de Bogotá, Temis.

MARX-ENGELS.1975. Manifiesto del Partido Comunista. Moscú, Editorial Progreso.

MAURER, Hartmut. 2008. Introducción al derecho administrativo alemán. Bogotá, Universidad Santo Tomás.

MOLINER, María. Diccionario de uso del español. Segunda Edición actualizada, versión electrónica, s.f.

MONCAYO Víctor Manuel. 2004. El Leviatán derrotado. Bogotá, Norma.

NIETO L, Jaime Rafael. 2008. Resistencia. Capturas y fugas del poder. Bogotá, Ediciones desde abajo.

NINO, Carlos S. 1989. Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación. 2ª: edición. Barcelona. Ariel.

NUSSBAUM, Martha. 2005. Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

OEA. PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR". http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html

ONU. Conferencia Mundial de derechos humanos. Declaración y programa de acción de Viena. Junio, 1993. Nueva York, 1995.

ONU. Consejo Económico y Social. 1993. El nuevo orden económico internacional y la promoción de los derechos humanos. Bogotá, Comisión Andina de Juristas-CAJ, Seccional Colombiana.

PAPACCHINI, Ángelo. 1997. Los derechos humanos un desafío a la violencia. Bogotá, Altamir.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio.1993.Derecho y Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

PERDOMO C., Carlos A. 2007. La Constitución Política de Colombia de 1991 y sus contenidos fundamentales, publicación de la Defensoría del Pueblo de Colombia.

_____. Un estudio sobre el acuerdo humanitario y los acuerdos especiales en Colombia. Documento académico. Defensoría del Pueblo. Sin publicar.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. Coord. 96. Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio. Madrid, Marcial Pons.

_____. 2002. La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional 2002. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

_____. 2003. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid, Trotta.

PNUD. 2000. Informe de Desarrollo Humano. http://www.aidh.org/ViolDE/pdf_e/ch0.pdf

POULANTZAS, Nicos.1986. Hegemonía y dominación en el Estado moderno. México, P y P.

_____. 2005. Estado, poder y socialismo. México, FCE.

PUYOL, Ángel. 2001. El discurso de la igualdad. Barcelona. Crítica.

RAWLS, John. 2006. Liberalismo político. México, FCE.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Mª. 2007. La administración del Estado social. Madrid, Marcial Pons.

SÁNCHEZ A, Ricardo-MALDONADO, Luis Fernando 2000. Escritos para el estudio de los derechos humanos. Bogotá, Defensoría del Pueblo.

SÁNCHEZ ÁNGEL, Ricardo. 2005. Bonapartismo presidencial en Colombia. Bogotá, Uniediciones.

SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. 1999. Entre la realidad y la utopía: ensayos sobre política, moral y socialismo. México, FCE.

_____. 2007. Ética y política. México, FCE-UNAM.

SANTOS, Boaventura de Sousa – GARCIA VILLEGAS, Mauricio. 2001ª. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Bogotá, COLCIENCIAS, ICANH, U. Coímbra, U. Andes, UNC, Siglo del Hombre.

SANTOS, Boaventura de Sousa - RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar A. 2007. El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita. Barcelona-México, Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana.

SCHWABE, Jürgen 2003. Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: Compilación de Sentencias. Montevideo, Bonn, Bogotá; Konrad-Adenauer-Stiftung. Gustavo Ibáñez.

SEN, Amartya – KLIKSBERG, Bernardo 2007. Primero la gente. Barcelona, Deusto.

SEN, Amartya. 2010. La idea de la Justicia. Bogotá, Taurus.

_____. 2002. El derecho a no tener hambre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (CIFD).

_____. 2001. Desarrollo y libertad. Bogotá, Planeta.

TEITELBAUM, Alejandro 2007. Al margen de la ley. Sociedades Transnacionales y Derechos Humanos. Bogotá, ILSA-CCA José Alvear Restrepo-Observatorio Social de Empresas Transnacionales. Mega proyectos y Derechos humanos, otras.

TIRADO MEJÍA, Álvaro 1990. Hacia una concepción global de los derechos humanos. Bogotá, CEREC.

UNESCO. BREVE HISTORIA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE, sin fecha. Párrafo introductorio (.S/n).

VALENCIA VILLA, Hernando. 1997. Los derechos humanos. Madrid. Acento editorial.

VARGAS Llosa, Mario. 2009. Sables y utopías: visiones de américa latina. Bogotá, Aguilar.

VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. 2006. La exigibilidad de los derechos sociales. Valencia, Tirant Lo Blanch.

ZAGREBELSKI, Gustavo. 2007. El derecho dúctil. Madrid, Trotta.

REVISTAS:

Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, 332 Agosto/06, La Constitución de 1991 y el principio de la seguridad jurídica.

Revista Universidad Santo Tomás. 2002. Principia IURIS N° 4. 2002. Facultad de Derecho, Seccional Tunja.

Revista Universidad Santo Tomás. Facultad de Derecho. IUSTA. 2005. Módulo Político Económico N°50.

_____Módulos siglo XXI. 2002. N°42-47. Módulo Introductorio 2004, N°48 y Núcleos problemáticos.

ENLACES en la web:

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=transversal

http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=125222)].

http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2000/chapters/spanish/

http://indh.pnud.org.co/documentos_.plx?pg=1&pgt=El%A0concepto%A0de%A0desarrollo%A0humano&cap=DOCconcepto&capIt=2

http://informatica.uv.es/iiguia/MD/equivalencias.pdf:

http://revistafuturos.info/futuro_1/arely1.htm.

http://secap480.un.org/search?q=principio+de+integralidad+de+derechos+humanos&btnG=Buscar+en+el+sitio+de+la+ONU&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&output=xml_no_dtd&ie=utf8&client=UN_Website_Spanish&num=10&Submit=Buscar&oe=utf8&proxystylesheet=UN_Website_Spanish&site=un_org

http://symploke.trujaman.org/index.php?title=Roberto_Owen

http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/

http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/index.htm

http://www.claseshistoria.com/movimientossociales/m-cartismo.htm

http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=39&Itemid=52

http://www.colectivodeabogados.org/article.php3?id_article=68

http://www.college-de france.fr/media/int_dro/UPL24919_rescoursespdm0203.pdf) pp. 17-18:

http://www.constitucional.gov.co/corte/:

http://www.corteconstitucional.gov.co

http://www.defensoria.org.co/?_s=ojc&_a=18&_b=1632&_es=0.

http://www.defensoria.org.co/pdf/observatorio/OJC_present.pdf)

http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/09/ind_1.pdf

http://www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=7&id_publicacion=72

http://www.derechos.org.ve/propuesta_formacion/semdesc_2007/ponencias/Derechos%20Sociales%20y%20Politicas%20Sociales%20Christian_Courtis.pdf

http://www.derechos.org.ve/recursos/lobasico/integralidad.htm

http://www.elmananarey.com/html/26983_0_1_0_C.html

http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3102700 21 de septiembre de 2008

http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/2008-09-16/con-tutelas-la-corte-constitucional-introdujo-10-cambios-a-la-administracion-de-la-salud_4531988-1

http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/jorgeorlandomelo/entre-el-derecho-y-la-politica_4458421-1

http://www.espaciocritico.com/

http://www.filosofia.org/ave/001/a134.htm

http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/ponencias.php3?cod=42&cat=24

http://www.lospoetas.com/a/mach1.htm#Cantares...

http://www.marxists.org/espanol/m-e/index.htm

http://www.oacnudh.org.gt/documentos/publicaciones/KIT%20INSTRUMENTOS%20INTERNACIONALES/2%20DESC/2.5%20Observaciones%20Generales.pdf

http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html

http://www.portafolio.com.co//economia/economiahoy/2008-10-11/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_PORTA-4597697.html http://www.thedailynewsegypt.com/article.aspx?ArticleID=16959

http://www.tirant.com/derecho/detalle?articulo=8497684168:

http://www.un.org/spanish/events/humanrights/2007/history.shtml

http://www.un.org/spanish/events/humanrights/2007/udhr.shtml

http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2002&lang=3http://www.unesco.org/issj/rics158/grosespiellspa.html

http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument

http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/c12563e7005d936d4125611e00445ea9/ed4316d20459fba3c125699700510241/$FILE/G0044707.pdf

http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm.

http://www.wordreference.com/definicion/enciclopedismo

http://www.zenit.org/article-13786?l=italian, http://blogs.periodistadigital.com/personalidad.php/2008/03/10/pecados-capitales-modernos-9999),

http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/publications/CESCR-Compilacion(1989-2004).pdf

http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/

www.dejustica.org. http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=7&id_publicacion=72

www.fidh.org

www.google.com.co:http://www.google.com.co/firefox?client=firefoxa&rls=org.mozilla::official

www.ilsa.org.co)http://www.elespectador.com/opinion/columnistasdelimpreso/joseph-e-stiglitz/columna89064-el-proximo-bretton-woods

www.jorgeorlandomelo.com.

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA
1991 - 2011 20 AÑOS
Tus derechos son mis deberes

"El trabajo tiene la virtud de concretar el debate jurídico político y social de qué hacer con tantas jerarquías de derechos y "a medias", logrando dar una respuesta que implica un cambio de racionalidad y una aplicación práctica, con la obligación de asumir una perspectiva ética, normativa e institucional, en la que se debe reconocer la integralidad de los derechos humanos y la aplicación efectiva de los mismos(...) por su contenido, estructura, planteamientos y desarrollo, puede afirmarse que constituye un aporte altamente significativo que enriquece la temática sobre los derechos sociales, derechos que dan especificidad y existencia al Estado Social de Derecho." Álvaro Echeverri Uruburu. Exconstituyente. Decano de la Facultad de Derecho y Director de la Maestría de Derecho Público de la U. Sto. Tomás. Presentación.

El libro es Premio Mejor Investigación en Derechos Humanos en virtud de la Res. Nº 1123 de 2009 de la Defensoría del Pueblo y se otorgó por el Defensor del Pueblo el 27.12.2010, previa distinción académica de las universidades Santo Tomás y Konstanz de Alemania.

Carlos Alberto Perdomo Castaño. Asesor de la Defensoría del Pueblo, vinculado a la Dirección Nacional de Promoción y Divulgación de DDHH desde su puesta en funcionamiento en 1993, profesor de Derecho Constitucional en la U. Sto. Tomás en Teoría del Estado, de la Constitución y de derechos humanos. Tiene magíster en derecho público (U. Sto. Tomás-Konstanz Alemania), especialidad en derechos humanos (ESAP-IDH Guillermo Cano), diplomados y cursos en Derecho Internacional Humanitario (U. Javeriana), de Capacitación a Profesores de DDHH (American University-UN-U. Andes) y sobre "Subreglas de Jurisprudencia Constitucional" (U. Andes-DP); asi como distinciones, acreditaciones y publicaciones académicas. Fue Defensor del Pueblo Regional de Bogotá 1998-1999 y asesor de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Autor de los manuales *La Constitución Política de Colombia de 1991 y sus contenidos fundamentales*, 2009, texto de Inducción de la Defensoría del Pueblo y el de PARTICIPAR: *Constitución, democracia y valores ciudadanos*, en los temas Democracia, Constitución y Derechos Humanos.