

EXPERIENCIA COLOMBIANA SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES*

Rodolfo Arango**

En el año de 1991, en Colombia se expidió una Constitución muy ambiciosa, producto de una Asamblea Nacional Constituyente en la que participaron 70 constituyentes. En dicha Constitución se adoptaron dos de los mecanismos más relevantes de la reforma en Colombia: la acción de tutela y la Corte Constitucional. La acción de tutela es equivalente a un recurso de amparo, es decir, es una acción para la protección de derechos fundamentales que permite a las personas acudir ante cualquier juez de la República —que para efectos es Juez Constitucional— el cual tiene que resolver sobre la petición de violación de derechos fundamentales en el término de diez días. Su fallo puede ser apelado ante un juez de segunda instancia, cuya resolución debe tardar veinte días. Esto es lo que se llama control difuso de constitucionalidad de protección de derechos fundamentales.

El segundo instrumento mencionado es la Corte Constitucional con competencias muy amplias para la protección de derechos fundamentales. Dicho instrumento se toma en serio el nuevo constitucionalismo y aplica de manera directa la Constitución en muchos casos, ejerce un control abstracto de constitucionalidad sobre las leyes, controla tratados y, en materia de tutela, unifica la jurisprudencia de los jueces de la República sobre la protección de derechos fundamentales. Sin embargo, en la Asamblea Constituyente se

*Ponencia presentada, en agosto de 2005, durante el Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, realizado en instalaciones de la SRE, en Tlatelolco, D.F. Versión estenográfica: la transcripción fue realizada por Patricia Bordier Morteo, y el texto final revisado por Juan Carlos Gutiérrez, Director del Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea.

**Profesor e Investigador de la Universidad de los Andes y de la Universidad Nacional de Colombia.

pierde un capítulo con los sectores del país que consideran que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales no deben ser protegidos de forma inmediata por vía judicial y, por lo mismo, no aparecen en la Constitución como derechos fundamentales.

El progreso a nivel jurisprudencial se debe a que la Corte Constitucional asume de lleno la idea de proteger los Derechos Económicos, Sociales y Culturales por vía de la tesis de *conexidad* con los derechos fundamentales. Por ejemplo, la tesis de conexidad con vida digna e integridad personal ha permitido que los derechos llamados de segunda generación obtuvieran protección inmediata por parte de la Corte y de los jueces. La tesis de la conexidad ha sido relativizada hasta el punto de que muchos jueces aceptan la fundamentalidad de los derechos sociales. Sin embargo, esta tesis se impone lentamente porque la Constitución tampoco es clara con respecto a la definición formal de derechos fundamentales.

Hace unos meses se realizó una investigación, financiada por la Fundación Ford, con respecto al derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana. En esa investigación, básicamente, se trató de establecer cuáles son las funciones que cumple la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud, las que se clasificaron en cinco principales: Primero, la función definitoria del derecho fundamental y de sus obligaciones correlativas. En el caso del contenido del derecho, la segunda función se refiere a la protección especial a personas o grupos desfavorecidos.

La tercera función es la delimitación y coordinación de los niveles constitucional y legal. Referente a esto, cabe recordar que en la Constituyente se tomó la decisión de privatizar la prestación del servicio a la salud, vinculada con una perspectiva neoliberal que se impuso en la prestación de servicios. Sin embargo, al mismo tiempo, se declaró la universalidad del servicio a la salud y la prestación para toda la población. Pero, surge la siguiente cuestión: ¿cómo es posible asegurar el principio de universalidad mientras que la prestación está en manos de particulares? Entonces se adoptó un sistema legal donde hay contribuyentes con capacidad de pago y un régimen subsidiado que cubre a toda la población que no tiene capacidad de acceso a la salud. Dicho régimen legal se basa en la Ley 100 de 1993 que claramente está a favor de la industria de la salud. Esto ha conducido a un deterioro en la calidad médica y de medicamentos, y en la prestación de servicios, ya que se observa que el motivo de los particulares involucrados en la empresa de la salud es obtener el mayor provecho con el menor costo posible. En

este contexto, resulta de gran relevancia la definición del contenido constitucional *vis à vis* lo que es plenamente legal.

La cuarta función que cumple la Corte Constitucional es el control constitucional de la formulación y ejecución de las políticas públicas en cuanto afectan derechos fundamentales. Por último, la función de integración e inclusión social mediante el respeto a los principios, derechos y deberes constitucionales.

Resulta necesario ahondar en cada una de las funciones de la Corte. Primero, la definición o el contexto de lo que es el derecho como tal. Aquí encontramos que la tesis de la conexidad se trivializó, ya que la relación entre el derecho a la salud y otros derechos “fundamentales”, como vida digna, integridad, libre desarrollo de la personalidad, es una relación tan laxa que definitivamente todo derecho terminaría pasando como derecho fundamental por conexidad.

La Corte desarrolló una doctrina en la que el concepto de dolor es precisado y muestra el alcance que puede tener una interpretación progresista y sensible a la situación de penuria de la persona. La Corte Constitucional determina:

Una lesión que ocasiona dolor a la persona y que puede ser conjurada mediante una intervención quirúrgica, se constituye en una forma de trato cruel cuando, verificada su existencia, se omite el tratamiento para su curación. El dolor intenso reduce las capacidades de la persona, impide su libre desarrollo y afecta su integridad física y psíquica. La autoridad competente que se niega sin justificación suficiente a tomar las medidas necesarias para evitarlo omite sus deberes, desconoce el principio de la dignidad humana, y vulnera los derechos a la salud y a la integridad física de quien lo sufre.

Entonces, la tesis de la conexidad hace posible que la persona acceda a la salud por la vía del desarrollo del concepto del dolor y lo que implica para aquélla. La estrategia en sistemas jurídicos, donde no es muy claro la procedencia de acciones para proteger derechos de segunda generación, depende muchas veces de la imaginación y la capacidad argumentativa de quienes protegen esos derechos.

Un segundo punto se refiere a los beneficiarios del derecho a la salud. La Corte fundamentalmente se ha preocupado por definir grupos y personas potencialmente vulnerables. En Colombia se presentó un fallo del 2002, el cual protegió a 128 familias de los municipios de Chocó y Antioquia, víctimas del desplazamiento forzado por acciones paramilitares, concediéndoles

una acción de tutela para proteger su derecho al acceso al sistema de salud y a la educación de menores. Dicha sentencia también incluye, dentro del derecho a la salud, el subsidio alimentario. Entonces, el derecho a la alimentación se involucra con el derecho a la salud y, por supuesto en el caso extremo del desplazamiento, el derecho a la salud está en estrecha conexión con la vida. En este caso, la Corte diseñó una tesis que, gracias a la consagración del Artículo 13 constitucional referente al principio de igualdad, genera una obligación para el Estado la adopción de medidas progresivas que tiendan a garantizar la igualdad real y efectiva. Además, ordena la protección especial de grupos y personas en situación de marginación. En este sentido, el Artículo 13 se aplica de manera directa para la protección de desplazados.

Otro caso ha sido el de las comunidades indígenas. La Corte ha sido bastante progresista en la protección de comunidades indígenas, incluso hasta el extremo de asegurar que, mediante el principio de autodeterminación indígena, sean las mismas comunidades las que formulen cómo se prestará el servicio dentro de ellas. Es decir, les ofrece autonomía legislativa en materia de salud, situación que ha sido bienvenida por las comunidades.

Finalmente, en relación con el grupo carcelario, se diseñó una jurisprudencia que acuña la doctrina del Estado de cosas inconstitucionales. Esto es, que cuando la violación a los derechos —en este caso a la salud— prácticamente involucra a la población carcelaria total, la Corte adopta una serie de medidas de mayor envergadura que van más allá de los efectos que tienen las sentencias de tutela que son efectos inter-partes; y formula órdenes a la administración para adoptar medidas que tienen efectos *erga omnes*. En este sentido hay un activismo judicial para proteger a dicho grupo.

La tercera función se refiere al alcance del derecho y a las obligaciones correlativas. La Corte, en apoyo de los instrumentos internacionales, ha diseñado criterios para establecer el alcance de las obligaciones. Lo importante es cómo una jurisprudencia creativa logra hacer desarrollos importantes, que a su vez puede aportar criterios al sistema internacional de protección de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por ejemplo, la intervención jurisprudencial de la Corte se ha centrado en exigir el cumplimiento de obligaciones —directa e indirectamente— derivadas del plano de salud obligatorio que establece la ley. De manera que las entidades prestadoras del servicio, ya sean públicas o privadas, respeten los principios constitucionales sin que la eficacia y el lucro sean móviles determinantes o exclusivos en su desempeño. En ese sentido, se desarrollaron principios como el de la integralidad con que debe suministrarse la atención y el tratamiento de

salud, al ordenar terapias físicas necesarias para la recuperación total de la persona. El principio de la buena fe que garantiza el cumplimiento del servicio, como en el caso de limitar el no cumplimiento de contrato porque no pagó la entidad. Por ejemplo, se presenta el caso que la entidad a la que está vinculada la persona no paga oportunamente los aportes a la salud y la entidad de salud se niega a prestar el servicio aduciendo la falta de pago del patrón. En esos casos, la Corte ha exigido el cumplimiento de la prestación del servicio a pesar de la falta de pago por parte del patrón. Por otra parte, el principio de la oportunidad de la prestación según la cual la demora sin razón en la atención médica o la dilación injustificada en la práctica de una operación constituyen violaciones a los derechos fundamentales. El principio de la continuidad de la prestación: por ejemplo, cuando la Corte ordenó la continuación de un tratamiento de infertilidad ya iniciado por una entidad prestadora de salud, pero abandonado por los altos costos que éste implicaba.

Además, a la precisión de las obligaciones principales propias de la prestación del servicio, se suma la clarificación sobre obligaciones accesorias derivadas del principio de confidencialidad. Por ejemplo, el manejo de la historia clínica del paciente, el suministro de información sobre su estado, el derecho a un consentimiento informado o cualificado, el deber de control y vigilancia que encabeza el Estado en materia de sanidad ambiental o respecto de la actividad privada, entre otros.

El cuarto punto que se aborda en la investigación es el acceso efectivo al servicio. Existen barreras culturales que constituyen una barrera fáctica al disfrute de derechos, como son los problemas de género. En el caso de la salud, en Colombia hay una jurisprudencia muy amplia que protege a la mujer en condiciones determinadas que imposibilitan su acceso a la salud.

Finalmente, el punto de la calidad de la educación. Afortunadamente, ha habido una jurisprudencia constitucional muy exigente en materia de control abstracto de constitucionalidad. Hoy en día, se observa que existe una demanda consecuente por parte de organizaciones no gubernamentales en respuesta al incumplimiento del desarrollo de estos mandatos constitucionales. Por ejemplo, en los casos del control de calidad de los médicos, de los requisitos para ejercer la profesión, de la prestación de servicios que se restringe a lo que está incluido en el contrato celebrado entre el Estado y la entidad privada prestadora del servicio de salud, entre otros. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha rebasado el concepto de contrato entendido en términos civiles y ha contextualizado ese contrato dentro de

la prestación de un servicio público esencial. Prácticamente, ha cambiado el marco normativo para interpretar el alcance de las cláusulas contractuales, exigiendo que la entidad prestadora asuma prestaciones que en principio no estaban incluidas en el contrato.

A manera de conclusión, un sistema jurídico nacional para proteger los Derechos Económicos, Sociales y Culturales depende del marco normativo. Sin embargo, lo que el derecho internacional supone en el Sistema Interamericano es una protección accesoria, coadyuvante y complementaria al régimen nacional. La idea es que si agotamos, en términos de creatividad argumentativa, la protección a nivel nacional, tendremos la posibilidad de acudir a la jurisdicción internacional. La recomendación es en el sentido de observar el caso colombiano como un caso excepcional en el cual, gracias a una serie de factores se logró una Constitución sustantiva, con gran contenido en materia de protección y, al mismo tiempo, unos mecanismos de acción y de justicia constitucional efectivas que ayudan a la consecución de estos derechos.