

# LA INFLUENCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES –DESC–\*

DIANA CAROLINA OLARTE-BACARES\*\*

JORGE GONZÁLEZ-JÁCOME\*\*\*

## RESUMEN

La relación entre derecho y economía ha despertado un creciente interés entre abogados, economistas y políticos en los últimos años. A pesar de dicho interés, los lazos entre estas dos disciplinas no han sido abordados en la investigación colombiana, especialmente en lo que se refiere a derechos humanos y en particular a los derechos económicos, sociales

*Fecha de recepción: 9 de mayo de 2008  
Fecha de aceptación: 31 de agosto de 2008*

\* Este artículo es uno de los productos finales de la investigación denominada “La influencia de los pronunciamientos de organismos internacionales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de DESC”, línea de investigación “Estudios de derecho constitucional y administrativo. Desarrollo y seguimiento jurisprudencial”, de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia. Agradecemos los aportes realizados por Marco Alberto Velásquez Ruiz (Pontificia Universidad Javeriana) y los estudiantes Luz E. Mejía Correa, John Fredy Silva Tenorio y Bienvenido Ruiz Murillo (Universidad Autónoma de Colombia).

\*\* Ph.D. Derecho Internacional, Université Paris I Panthéon Sorbonne (en curso). Máster en Derecho Internacional, Université Robert Schuman de Strasbourg. Abogada Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Profesora Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Profesora Sciences Po Paris. Contacto: c.olarte@javeriana.edu.co

\*\*\* Magíster en Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá. Abogado Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Investigador, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Contacto: jorge-gonzalez@javeriana.edu.co

y culturales (DESC). El propósito de esta investigación es llenar un vacío en esta área, analizando la influencia de las decisiones de organismos internacionales en la manera como se ha modificado la protección de los DESC en la Corte Constitucional.

**Palabras clave:** derechos económicos sociales y culturales (DESC); Corte Constitucional colombiana; jurisprudencia; derecho internacional.

THE INFLUENCE OF THE DECISIONS OF  
INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN THE  
JURISPRUDENCE OF THE COLOMBIAN  
CONSTITUTIONAL COURT RELATED TO  
ECONOMIC, SOCIAL, AND CULTURAL RIGHTS

*ABSTRACT*

*The relationship between law and economics has been an area in which there has been increasing interests among lawyers, economists, and politicians in recent years. Despite this interest, the links between these two disciplines have not been fully approached by Colombian researchers in the subject of Human Rights, especially Economic, Social, and Cultural ones. The purpose of this research is to fill a gap in this area by analyzing the influence that decisions of international organizations have had in the evolving way in which the Constitutional Court has approached to the adjudication of Economic, Social, and Cultural Rights.*

**Key words:** *Economic, Social and Cultural Rights; Colombian Constitutional Court; Jurisprudence; International Law.*

**Sumario:** Introducción.- I. Aspectos preliminares de la investigación.- A. Justificación.- B. Metodología.- 1. Fases.- 2. Criterios de búsqueda.- II. La retórica de los DESC en el derecho internacional.- A. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.- B. Otros órganos de derechos humanos con competencias en materia de DESC.- C. Los órganos judiciales económicos y los DESC.- III. La jurisprudencia de tutela de la Corte Constitucional y los DESC.- A. Rastreo de jurisprudencia y conclusiones de los objetivos específicos.- Reflexiones finales: La retórica del DIDH en la Corte Constitucional colombiana en pronunciamientos sobre DESC.- Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

A partir de 1992 el panorama de la protección de los derechos humanos en Colombia se ha transformado radicalmente gracias a la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de la acción de tutela y de la actividad comprometida de la Corte Constitucional con la consolidación de una cultura de derechos humanos en nuestro medio. Desde sus primeros pronunciamientos, se pudo apreciar que la labor protectora podía generar un debate en el país, especialmente en algo que era novedoso en el orden interno como la protección de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Las acciones de tutela que se empezaron a presentar ante los jueces se basaron, en gran parte, en la vulneración de derechos como la salud, la seguridad social o la educación. Lo anterior no fue sorprendente tratándose de un Estado con un índice alto en cuanto a necesidades básicas insatisfechas. Como consecuencia de ello, se empezó a tejer un debate acerca de la conveniencia de que las sentencias individuales proferidas por los jueces y que protegían derechos sociales como los mencionados, determinaran asuntos relacionados con la política pública, que no eran de su competencia<sup>1</sup>.

1 Esta dificultad está directamente relacionada con la reticencia política que se evidencia en la misma incorporación de los tratados de derechos humanos en el

Resulta relevante señalar que, en el ámbito del derecho internacional público, los DESC también han sido objeto de múltiples debates. Allí se ha discutido, por ejemplo, sobre la posibilidad de que los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puedan ser justiciables. En el ámbito internacional el debate estuvo permeado en algún tiempo por la idea de que los DESC no eran justiciables por el hecho de que su realización depende de la disponibilidad de recursos económicos. Así las cosas, si no se puede hacer inmediatamente exigible un derecho, difícilmente puede sostenerse que sea uno de ellos. Sin embargo, la estrecha relación entre derecho y economía reconocida por diversas instancias internacionales fue abriendo paso a la evidente correlación entre derechos humanos y economía. De hecho, instancias de naturaleza estrictamente económica como la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) han interpretado sus disposiciones a la luz de lo establecido por los tratados de derechos humanos en materia de DESC.

Teniendo en cuenta que han existido decisiones de organismos internacionales en materia de interacción entre derecho y economía en la adjudicación de los DESC, vale la pena preguntarse qué influencia han ejercido en las posiciones que se han dado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde el inicio de su labor, y establecer la influencia que ha tenido la visión sobre la interacción del derecho y la economía de organizaciones internacionales sobre

---

ordenamiento interno ya que involucra cambios y señalamientos de las instancias políticas y judiciales de un Estado: “*Finally, one could identify unique political objections directed against the incorporation of IHR treaty norms into CL. The inherent sensitivity of many human rights issues, the political costs of reforming local arrangements in order to conform to international standards and the embarrassing implications of finding national authorities to be in violation of IHR standards, all produce an inhospitable legal climate for promoting IHR through judicial means. Special problems relate to the introduction of economic, social and cultural human rights, as the implementation of such rights often entails significant economic costs*”: Yuval Shany, *How Supreme is the Supreme Law of the Land? Comparative Analysis of the Influence of International Human Rights Treaties Upon the Interpretation of Constitutional Texts by Domestic Courts*, 397, en 31 *Brooklyn Journal of International Law* (2006).

la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de DESC. Esto puede traer una claridad sobre la distancia o cercanía que existe entre la forma como la comunidad internacional está viendo la relación derecho-economía desde los DESC y la manera como la ha ido integrando y desarrollando la Corte Constitucional en los últimos años. Lo anterior resulta interesante en la medida en que podría notarse si Colombia está implementando las políticas de protección de los DESC en el mismo sentido derivado de la interpretación e incorporación en el orden interno del derecho internacional.

Nuestro estudio se divide en tres partes. En la primera se presentan los aspectos preliminares del proyecto de investigación y de las fuentes analizadas. En la segunda parte se analiza la retórica de los DESC en el derecho internacional para enlazarla en la parte final con la empleada en la Corte Constitucional y así determinar si la visión sobre la interacción del derecho y la economía de las organizaciones internacionales analizadas ha influido sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de DESC.

## I. ASPECTOS PRELIMINARES DE LA INVESTIGACIÓN

A lo largo de este primer capítulo se abordan los aspectos preliminares de la investigación: en un primer acápite se describe el marco teórico de la problemática, para posteriormente determinar la metodología empleada.

### A. JUSTIFICACIÓN

La interacción entre el derecho y la economía no es un tema nuevo y los cruces metodológicos entre las dos disciplinas han sido utilizados con éxito por la escuela del “Análisis económico del derecho”. En materia de derechos humanos las decisiones que se toman al proteger o no un derecho son pocas veces analizadas desde una perspectiva consecuencialista, y sí desde una aproximación deontológica. Esto quiere decir que al momento de decidir en

un caso particular se ha censurado que se hagan aproximaciones sobre los impactos económicos que puede tener una decisión, y se ha apoyado la visión bajo la cual se deben proteger los derechos como imperativos morales que las sociedades deben seguir para proteger la dignidad humana.

En el ámbito del derecho internacional, la protección del derecho a la vida de las personas, a través del reconocimiento del derecho a la salud y al medio ambiente sano, constituye uno de los temas del debate político económico internacional. Diferentes organizaciones internacionales de carácter universal y regional, como la ONU, la OEA, la Unión Europea y el Mercosur, establecieron un complejo normativo estructurado en torno a la protección de los DESC. Organizaciones no gubernamentales y un gran número de asociaciones completan el concierto internacional tendiente a la protección de los DESC. Una buena parte de las demandas de los Estados ante instancias internacionales reposan sobre la oposición entre la promoción del comercio e inversión extranjera y la protección de los derechos humanos, a pesar de que en algunos casos estas instancias internacionales tienen por objetivo principal la primera. En razón a lo anterior, diversos reportes e informes de algunas organizaciones parecieran dibujar una evolución respecto de la supuesta contradicción entre los derechos humanos y la liberalización de la economía (OMC)<sup>2</sup> y entre la inversión extranjera y los derechos humanos (CIADI)<sup>3</sup>, reconociendo que no se trata de regímenes autosuficientes y que se encuentran enmarcados en

---

2 OMC, Órgano de Solución de Controversias, Comunidades europeas-Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant ("CE -Amiante"), WT/DS135/AB/R, 5 de abril de 2001.

3 En este sentido, cfr. la variación de jurisprudencia del CIADI desde el caso *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (ICSID Case Arb/AF/97/1, August 30, 2000, par. 103, 111), en donde no se tuvieron en cuenta los daños ecológicos para restringir el derecho de propiedad del inversionista, hasta la jurisprudencia más reciente que ya tiene en cuenta los derechos colectivos, el derecho a la salud y otros derechos humanos a la hora de analizar los diferendos entre Estados e inversionistas (*Maffezini v. Spain*, ICSID Case ARB/97/7, November 13, 2000, par. 67; *Parkerings-Compagniet v. Lithuania*, Award, September 11, 2007, ICSID Case ARB/05/8, Section 8.3.1).

el derecho internacional general<sup>4</sup>. Vale la pena entonces ubicar aquellos pronunciamientos que concilian las exigencias del mercado con el imperativo del respeto por los derechos humanos, particularmente por los DESC, e identificar el efecto pretendido por los criterios adoptados.

En el caso concreto de la Corte Constitucional colombiana, su aproximación se ha dicho que es principalmente deontológica, lo cual está estrechamente ligado con la tesis de la conexidad que se manejó desde 1992 (cfr. sentencia T-406). A través del test de conexidad, la Corte señaló que los DESC sí podrían ser tutelados en el derecho interno siempre y cuando la vulneración de uno de ellos acarreará la violación de uno de los derechos llamados “fundamentales”. El ejemplo clásico en este sentido es el de una persona que por no recibir adecuada atención en salud puede ver comprometido su derecho a la vida. A medida que la jurisprudencia de la Corte ha ido avanzando se puede evidenciar la sospecha de algunos magistrados sobre la conveniencia de este test de conexidad (cfr. aclaración de voto a la sentencia T-1207 de 2001 de Rodrigo Uprimny).

En teoría jurídica, quien ha trabajado esta relación de adjudicación de derechos desde una aproximación económica es Amartya Sen en su texto *Desarrollo y libertad*<sup>5</sup>. En sus textos puede ser útil revisar la aproximación al concepto de metaderechos; con este concepto, Sen señala que, dada la imposibilidad económica de algunos países para dar bienestar a sus habitantes, una fórmula podría ser la de entender que existen derechos y metaderechos. Los derechos se satisfacen dando una prestación concreta; por ejemplo, proteger el derecho a la intimidad podría incluir que una entidad estatal cese de intervenir las llamadas telefónicas. Pero los metaderechos son más complejos: los mismos implican que los habitantes de un

4 Bruno Simma, *Self-contained Regimes*, 111-136, en *Netherlands Yearbook of International Law* (1985). En este mismo sentido cfr. P. Picone e A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, 623-625 (Cedam, Padova, 2002).

5 Amartya Sen, *Desarrollo y libertad* (Planeta, Barcelona, 2000). Cfr. igualmente, del mismo autor, *El derecho a no tener hambre* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002).

Estado tienen derecho a que éste formule políticas públicas que satisfagan necesidades. Si bien un Estado en un momento dado no puede proveer a todos sus habitantes el derecho a la alimentación, sí pueden las personas exigir que el Estado formule políticas públicas que tiendan a erradicar el hambre<sup>6</sup>.

La presente investigación pretende determinar la influencia que han tenido los pronunciamientos de órganos internacionales en materia de DESC en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

Dado que este proyecto lo que intenta es cruzar la experiencia entre el derecho constitucional colombiano y el derecho internacional público, cabría señalar, para comenzar, que no existen hasta ahora otras aproximaciones que lo hagan. Podría señalarse que hay, en cambio, una creciente literatura en Colombia acerca de la protección de los DESC por parte de la Corte Constitucional. Esta literatura fue especialmente nutrida en la primera mitad de la década de los noventa del siglo pasado cuando se trataba de explicar la pertinencia de la protección de los DESC en el marco de un naciente Estado social de derecho<sup>7</sup>. Por su parte, las críticas a la Corte Constitucional abundaron en momentos de crisis económica (1996-2000) al conocerse fallos de este tribunal donde, por proteger derechos, se reformulaba el modelo económico, como en el caso de los deudores de UPAC. Estos textos parecían, más que defender el cruce entre derecho y economía, defender un modelo económico con el que la Corte no estaba de acuerdo<sup>8</sup>.

Por su parte y ya más reciente, la preocupación de los economistas y de abogados ha sido sobre los límites de competencia que tiene el juez constitucional en la determinación de DESC en la medida en que ello tiene impacto en la política pública; la preocupación de esta literatura ha sido la de revisar que no siempre el juez debería

6 Cfr. especialmente *El derecho a no tener hambre*, cit.

7 Cfr. Manuel José Cepeda, *Derecho constitucional. Perspectivas críticas* (Siglo del Hombre, Bogotá, 1999).

8 Helena Alviar, *La búsqueda del progreso en la interpretación de la Constitución de 1991: el caso de la intervención del Estado en la economía*, en *Derecho constitucional. Nuevas perspectivas críticas* (Daniel Bonilla y Manuel Iturralde, comps., Bogotá, Legis, 2005).



tomar decisiones que tienen alto impacto en la política pública<sup>9</sup>. Esta aproximación ha tratado de justificar la justiciabilidad de los DESC en algunos casos extremos y excepcionales con el fin de conciliar aproximaciones basadas en el derecho y las preocupadas por la sostenibilidad de las economías nacionales.

Ahora bien, los estudios sobre la influencia del derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte son escasos, y reducidos a pocas investigaciones acerca del tema de la incorporación del derecho internacional en el interno, específicamente en lo relativo al bloque de constitucionalidad<sup>10</sup>. Esto se debe a que en Colombia no ha existido una disciplina consolidada en materia de derecho internacional público<sup>11</sup>, y de allí que no sean visibles investigaciones de este tipo en materia de DESC. Igualmente, en Colombia es posible encontrar alguna literatura sobre economía y derecho en materia de derecho internacional, pero ella ha estado especialmente circunscrita al campo del derecho internacional privado. En esta literatura se analizan cuestiones económicas restringidas a negocios particulares entre nacionales de diferentes Estados sin abordar cuestiones más generales de política macroeconómica<sup>12</sup>.

Dadas estas consideraciones, este proyecto pretende llenar un vacío existente en la literatura nacional integrando áreas como el derecho constitucional, el derecho internacional público, la economía y la teoría del derecho.

- 
- 9 Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales* (Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005).
- 10 Rodrigo Uprimny, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional: derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional* (Alejandro Valencia Villa, ed., Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2003).
- 11 Diana Carolina Olarte, *Retos y desafíos en la enseñanza del derecho internacional. Reflexiones sobre derecho global*, 21-39, en *Homenaje a Luis Fernando Álvarez Londoño, S.J.* (Javegraf, Bogotá, 2007).
- 12 Un ejemplo representativo puede verse en Carlos Pablo Márquez, *Tratados multilaterales y su incidencia en la protección de la propiedad intelectual*, en *International Law* No. 5 (junio de 2005).

## B. METODOLOGÍA

### 1. FASES

El estudio se desarrolló a través de dos fases paralelas que se cruzaron al final de la investigación. De esta forma, la primera fase se dedicó al rastreo de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana derivada de las acciones de tutela desde sus inicios. La segunda fase se encargó de identificar las decisiones y pronunciamientos de instancias de derecho internacional relacionadas con la protección de los DESC y la integración de derechos humanos y economía. Los organismos internacionales que se investigaron fueron aquellos que tenían relevancia para Colombia, esto es, aquellos que se derivan de un tratado internacional del cual Colombia es parte o cuya reputación internacional en torno a su actividad pueda representar un factor de análisis por parte de la Corte Constitucional.

En este orden de ideas analizamos algunos pronunciamientos internacionales provenientes de instancias con funciones propias tanto en materia de derechos humanos como en materia económica.

En el rastreo jurisprudencial colombiano se indagó acerca de la evolución y el cuestionamiento del discurso sobre la conexidad y los metaderechos, y a su vez se identificaron las referencias explícitas a los pronunciamientos de organismos internacionales. Para el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana se usó la metodología conocida como el análisis estático y dinámico de jurisprudencia descrito ampliamente por Diego López Medina<sup>13</sup>.

Una vez se concretaron estos rastreos se cruzó la información con el fin de establecer si los pronunciamientos de organismos internacionales habían tenido alguna influencia en la forma como la Corte ha entendido su labor en materia de adjudicación de los DESC.

---

13 Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces* (Legis, Bogotá, 2006).

## 2. CRITERIOS DE BÚSQUEDA

Vale la pena aclarar, antes de pasar a explicitar los resultados del proceso investigativo, la determinación de los criterios de análisis y barrido jurisprudencial y las razones de su escogencia.

El impacto del derecho internacional en las decisiones de la Corte Constitucional colombiana no resulta ser un aspecto fácil de seguir hacia el pasado. Una de las primeras dificultades con las que es posible encontrarse es con la referida a la determinación de los criterios de búsqueda que se usarán para hacer un rastreo integral de las sentencias en las que el derecho internacional ha impactado las decisiones de la Corte. Así las cosas, una de las primeras aproximaciones a las formas de búsqueda la hemos realizado a través de las pistas que dan las fuentes que la Corte cita en sus pronunciamientos. En este punto entendemos las fuentes distanciados de la perspectiva formal en la que se señala que ellas están reconocidas por un texto positivo como podría ser el artículo 230 de la Constitución o el 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Entendemos por fuentes todo material que se usa en una decisión y que tiene peso para que se llegue a una resolución final<sup>14</sup>.

Esta perspectiva nos distancia de las formas tradicionales de realizar análisis de fuentes, las cuales obstinadamente presentan la diferenciación entre fuentes formales y materiales. En este orden de ideas, a pesar de que el artículo 230 de la Constitución no lo señale, sería tonto no reconocer que en Colombia los pronunciamientos de los jueces son —y han sido algo— más que simples criterios auxiliares de la decisión judicial<sup>15</sup>. En el mismo orden de ideas, a pesar de que el artículo 38 CIJ no lo señale, las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas son igualmente fuentes relevantes para fallar algunos casos en el ámbito internacional<sup>16</sup>. Así las cosas,

14 Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, en 39 *American Journal of Comparative Law* 1 (1991).

15 López Medina, ob cit., supra nota 13.

16 Diana Carolina Olarte, *Las resoluciones de la ONU: ¿flexibilización de la teoría de las fuentes del derecho internacional?*, 160-174, en *Derecho internacional contemporáneo. Lo público, lo privado, los derechos humanos* (Ricardo Abello

una de las primeras cuestiones metodológicas con las que ha tenido que lidiar esta investigación ha sido la ampliación de las formas tradicionales para ver las fuentes y la mirada que obedece más a la práctica de nuestra Corte Constitucional.

No es extraño señalar que la ampliación del panorama de fuentes del derecho en Colombia se ha dado de una manera bastante particular a partir de la Constitución de 1991. En vigencia de la Constitución de 1886 la Corte Suprema de Justicia, hasta 1991 máximo tribunal constitucional, había sostenido que el derecho nacional y el derecho internacional no necesariamente iban de la mano. Ello se observó, entre otras, en la sentencia de la Corte Suprema del año 1978 cuando tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre una demanda de inexecutableidad contra el Decreto 1923 de 1978, el conocido Estatuto de Seguridad. Este decreto, expedido bajo la vigencia del estado de sitio, fue una fuente de violaciones de derechos humanos lo cual se hacía evidente en la lectura de su articulado<sup>17</sup>. Sin embargo, la Corte señaló que una cosa era la constitucionalidad del decreto y otra muy distante su conformidad con disposiciones de derecho internacional. Al fin y al cabo, los tratados internacionales, por ser normas aprobadas por leyes, tenían un rango legal, según la Corte Suprema:

*“Cabe recordar que ningún texto de la Constitución permite a la Corte conocer de demandas sobre la exequibilidad constitucional de las leyes o determinados decretos por ser incompatibles con cláusulas de tratados públicos. La inexecutableidad de tales actos de derecho interno solo es posible, conforme a nuestros ordenamientos sobre la jurisdicción constitucional, cuando se da violación de la Carta misma. Los asuntos que pueda suscitar ante los jueces una incompatibilidad entre actos de Estado y obligaciones que a éste impongan convenios internacionales consisten en problemas de aplicación de la ley frente a reglas, también de mérito legal, consignados en pactos internacionales debidamente ratificados”<sup>18</sup>.*

---

Galvis, ed., Universidad del Rosario, Bogotá, 2006).

17 Tipos penales amplios y ambiguos, posibilidades de juzgamiento de civiles por parte de militares, imposibilidad de recurrir las sentencias de los consejos verbales de guerra y la inexecutableidad de la posibilidad del *habeas corpus* son sólo algunas de las características de dicho texto.

18 CSJ, Sala Plena, sentencia del 30 de octubre de 1978, *Gaceta Judicial* No. 2397, 236.

Este panorama cambió radicalmente con la expedición de la Constitución de 1991 y la reiterada lectura que la Corte Constitucional realizó desde sus inicios del artículo 93 de la Carta Política el cual señala: “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno*”. La interpretación de esta disposición, de la mano de la del artículo 4 constitucional sobre la determinación de la Constitución como una “norma de normas” llevó a que se acuñara la expresión “bloque de constitucionalidad”. Con el fin de conciliar la interpretación de estas dos normas, la Corte Constitucional señaló que los tratados de los que habla el artículo 93 tenían que prevalecer en el orden interno y por ello tenían rango constitucional: por ello los tratados de los que habla el mencionado artículo se entienden hoy como parte de la Constitución<sup>19</sup>.

El impacto que esta interpretación tuvo, a la luz de la doctrina tradicional que había sostenido la Corte Suprema de Justicia en buena parte de su existencia, marcó un cambio radical. Ahora, los ciudadanos colombianos podían pedir la inconstitucionalidad de una norma de rango legal por estar ella en contradicción con un tratado de derechos humanos. Igualmente, con la aparición de la acción de tutela, la Corte Constitucional empezó a mostrar que la violación de normas contenidas en documentos internacionales podía traer como consecuencia la procedencia de una acción de tutela<sup>20</sup>. Por ello, no fue extraño que en la Corte Constitucional colombiana empezaran a aparecer fuentes que otrora era impensable que aparecieran en los pronunciamientos de la Corte Suprema, como los tratados internacionales que sustentaban algunas decisiones.

Es por lo anteriormente mencionado que esta investigación decidió, en consonancia con la práctica constitucional, definir el término fuentes en el sentido amplio y en concordancia con los postulados del denominado nuevo derecho internacional.

En lo que respecta a los aspectos técnicos del barrido jurisprudencial de la Corte Constitucional, el rastreo se ubicó en la jurisprudencia

19 Uprimny, ob. cit., supra nota 10, 97-154.

20 Cfr. al respecto, p. ej., sentencia T-327 de 2001.

expedida por la Corte colombiana desde su creación en 1992 y hasta junio de 2007, habida cuenta de que las sentencias se encuentran determinadas y su contenido plenamente accesible hasta dicha fecha. Así mismo, se consideró pertinente reducir la búsqueda a sentencias que amparan la protección de un derecho fundamental de forma concreta, es decir, las que la Corte ha seleccionado a partir del ejercicio de la acción de tutela por parte de un ciudadano.

En cuanto a los derechos humanos fundamento del rastreo, debido a la naturaleza de los pronunciamientos así como al contenido y alcance de los derechos y principios que se enmarcan dentro de la categoría DESC, se consideró que no podía limitarse a derechos subjetivos, sino que también era importante consignar pronunciamientos respecto de temas relacionados así:

- Salud
- Vivienda
- Educación
- Trabajo / asociación sindical
- Seguridad social
- Interdependencia de derechos, desarrollo progresivo y justiciabilidad DESC
- Desplazamiento interno / mínimos
- Criterios mínimos de DESC en establecimientos penitenciarios
- Discapacitados
- Interés superior del menor
- Otras medidas relacionadas con los DESC

Los pronunciamientos de órganos internacionales que se rastrearon en la jurisprudencia de tutela de la Corte Constitucional fueron todos aquellos derivados de decisiones judiciales internacionales, pronunciamientos de órganos de monitoreo, de supervisión política y diplomática.

Lo anterior resulta interesante en la medida en que a la luz de ello podría notarse si Colombia está implementando las políticas de protección de los DESC en el mismo sentido.

## II. LA RETÓRICA DE LOS DESC EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En este capítulo no se pretende realizar un juicioso repaso filosófico, histórico y social de la entrada en escena de los DESC en el derecho internacional. Numerosos estudios ofrecen aproximaciones más exactas de este fenómeno<sup>21</sup>. En este aparte se tratará de puntualizar de manera muy general la retórica internacional manejada por algunas instancias judiciales y no judiciales relevantes<sup>22</sup> para el Estado colombiano (algunas con competencias naturales en materia de derechos humanos y otras con competencias preeminentemente económicas pero que han implementado el discurso de los derechos humanos en sus pronunciamientos), ello con el fin de verificar en el aparte siguiente si ésta ha tenido alguna influencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los pronunciamientos relativos a DESC.

Iniciada la etapa de la posguerra el discurso de los derechos humanos se expande vertiginosamente por diversas razones, y el escenario jurídico se ve nutrido de un importante número de instrumentos internacionales para su reconocimiento y protección, generando así una verdadera cultura de los derechos humanos, por lo menos en el plano discursivo<sup>23</sup>.

Esta ola de creación de instrumentos y mecanismos de implementación se desarrolló sobre todo respecto de los derechos civiles y políticos, que fueron descritos de manera separada de los DESC, generando

21 Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice* (Cornell University Press, 2003). Mathew Craven, *The International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights* (Oxford Press, Oxford, 1988).

22 En este caso entendemos por relevantes aquellas instancias judiciales cuyas competencias se derivan de un instrumento internacional ratificado por el Estado colombiano o cuya reputación internacional en torno a su actividad pueda representar un factor de análisis por parte de la Corte Constitucional.

23 Donnelly describe este fenómeno como la “*universalidad normativa internacional*” en virtud de la cantidad de instrumentos internacionales ratificados (que no siempre implementados, y la mayoría de las veces relegados a su papel meramente retórico): ob. cit., supra nota 21, 51-56, cit. por Lila García, *Reconstruyendo el núcleo de los derechos de la persona humana: Aportes para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, en *American University International Law Review*, (Washington, 2006).

así una compartimentación del discurso de los derechos humanos. La justiciabilidad de los DESC se puso en entredicho a pesar de que la Conferencia de Teherán de 1968 puntualizó sobre la interdependencia de los derechos humanos. La Conferencia no tuvo mayor influencia en cuanto a la interdependencia e indivisibilidad de los DESC, que no fueron incorporados directamente en la mayoría de textos constitucionales. La prudencia de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos (p. ej., el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, SIDH, cuya referencia a los DESC en la Convención Americana sobre Derechos Humanos estaba aislada del elenco de derechos civiles y políticos ya que se encontraba solo en el artículo 26, antes de la adopción del Protocolo de San Salvador en 1988<sup>24</sup>) tampoco contribuía a acelerar la comprensión interrelacionada de los DESC. Solo con la Conferencia de Viena de 1993, una vez terminada la división bipolar, los derechos humanos de segunda generación dejaron de ser considerados como exclusivamente programáticos e ilusorios. Diversos textos recogen y comentan el contenido y la importancia de los DESC en el plano internacional, como los Principios de Limburgo, de Maastricht o el Pacto de San Salvador. Sin embargo, la conquista alcanzada por los DESC no deja de ser una etapa de un proceso, ya que actualmente reta a los Estados a la configuración de normas y procedimientos eficaces para exigir su protección. Los mismos órganos judiciales y cuasijudiciales internacionales han presentado una evolución progresiva en la interpretación y aplicación de los DESC, y estas experiencias son relevantes para el juez constitucional cuando realiza lo propio.

Es así como en las líneas que siguen analizaremos los pronunciamientos derivados de órganos internacionales eventualmente relevantes para la Corte Constitucional colombiana, iniciando por el SIDH y otros órganos con competencias específicas en materia de DESC.

---

24 A pesar del avance alcanzado con la adopción del Pacto, este solo permite la posibilidad de presentar peticiones individuales respecto de los derechos contenidos en sus artículos 8.1.a (derechos sindicales) y 13 (derecho a la educación), y sus considerandos reflejan las tensiones políticas del sistema respecto de los DESC antes del mencionado Pacto. Para mayor ampliación cfr. Sergio García Ramírez, *Protección jurisdiccional internacional de los DESC*, 12, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 9 (UNAM, Mexico, 2003).



Seguidamente analizaremos las decisiones judiciales emanadas de instancias internacionales con competencias principalmente económicas pero que involucran cada vez más la referencia a los derechos humanos y en particular a los DESC.

#### A. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Desde el punto de vista de los órganos interamericanos, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>25</sup> como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH)<sup>26</sup> han interpretado los DESC en sus decisiones, de manera reciente, teniendo en cuenta que los pilares de los DESC en el sistema los constituyen la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Protocolo de San Salvador, y que todos estos instrumentos se siguen por la “interpretación evolutiva”, como “*instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*”<sup>27</sup>. En la mayoría de casos, el SIDH prefirió una interpretación socializadora de los derechos civiles y políticos, es decir que recurrió a una lectura de los DESC “en clave” de derechos civiles y políticos. La doctrina no ha sido tampoco ajena a este fenómeno, y muchos sostienen que, a la hora de analizar los DESC, abordar la dimensión social del derecho o de los derechos civiles y políticos correlacionados ofrece una interpretación más extensa del derecho<sup>28</sup>.

25 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado y aplicado progresivamente los DESC en sus informes, en un proceso que ha presentado avances y retrocesos hasta lograr en el último lustro una cierta estabilidad: cfr. Carlos Rafael Urquilla Bonilla, *Los DESC en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, www.iidh.ed.cr).

26 García Ramírez, ob. cit., supra nota 24, y García, ob. cit., supra nota 23, 74-97.

27 CorteIDH, Opinión Consultiva OC-16 de 1999, “El derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, Serie A, No. 16, 114.

28 Lila García, *Derechos humanos para la sustentabilidad y viceversa*, 75-96, en *Gaceta CNDH* No. 75 (México, 2005). Martin Scheinin, *Economic and Social*

La Corte IDH parece sentirse más cómoda utilizando los derechos civiles y políticos para proteger los DESC mediante, entre otras herramientas, la protección del “proyecto de vida”<sup>29</sup>. Un caso emblemático es el del derecho a la educación y a la salud cuya protección ha sido asegurada por la Corte respecto de los artículos 19, 4 y 5 CADH (derechos del niño y derecho a la vida e integridad personal), y no respecto del artículo 26 que los protege directamente. Ello es entendible por la dificultad de determinar el contenido objetivo de la obligación de desarrollo progresivo, y porque finalmente los derechos tienen una dimensión integradora *per se*. Sin embargo, este recurso a los derechos civiles y políticos puede generar perjuicios en la protección de los DESC cuyas demandas son cada vez más diversas y difícilmente enmarcables todas en la detallada noción del “proyecto de vida”. Adicionalmente, un uso excesivo de los derechos civiles y políticos en su dimensión socializadora, además de presentar algunas ventajas para el litigio de resultado<sup>30</sup>, perjudica un abordaje específico de los derechos cuestionados<sup>31</sup>.

---

*Rights as Legal Rights*, 29-54, en *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook* (Asbjørn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, eds., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2001). García, *ibid.*, nota 61, explica que el análisis de los DESC lo hace partiendo desde la dimensión social de los derechos civiles y políticos “principalmente: (1) para optimizar la búsqueda efectiva de los DESC; y (2) porque las dimensiones sociales de cada derecho ‘civil’ y ‘político’ dan como resultado un abanico infinito”.

29 Caso *Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”)*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, CorteIDH, Serie C, No. 63, 1999, párr. 144. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, CorteIDH, Serie C, No. 125, párr. 176.

30 Los litigantes en materia de derechos humanos prefieren presentar las denuncias argumentando la violación de los DESC por su conexión con los derechos civiles y políticos ya que es la manera en que las instancias judiciales los están interpretando, garantizando con ello un posible mayor éxito.

31 Por ejemplo, la inclusión de los derechos a la salud, o de los derechos de los niños dentro del proyecto de vida que se protege por medio del derecho a la vida y de la integridad personal puede generalizar tanto la interpretación, que deje de lado algunas especificidades de los DESC cuya protección se solicita. El resultado de esto puede ser una visión reducida de las instancias judiciales y cuasijudiciales que terminan por rechazar las demandas que no caben perfectamente dentro de la competencia *ratione materiae* reducida a los derechos civiles y políticos

En conclusión, en lo que respecta a la protección de los DESC en el SIDH, esta se ha dado progresivamente, y desde el punto de vista interpretativo sigue siendo mayoritaria la visión socializadora de los derechos civiles y políticos respecto de la invocabilidad directa de los DESC.

#### B. OTROS ÓRGANOS DE DERECHOS HUMANOS CON COMPETENCIAS EN MATERIA DE DESC

El Consejo Económico y Social es un órgano principal de la ONU que tiene por tarea emitir recomendaciones de política a los Estados miembros con el fin de promover un nivel elevado de vida, el pleno empleo y un desarrollo económico y social. A su vez, propone soluciones para los problemas relacionados con la salud, la educación, la equidad de género, la niñez, y en general en todo lo relacionado con los DESC. El ECOSOC no es un órgano judicial, no estudia casos particulares de violaciones a derechos humanos, pero sus recomendaciones, resoluciones e informes tratan de impulsar la modificación y adopción de políticas públicas. Por esta razón, es una fuente que podría ser empleada por las instancias judiciales, y en este caso por la Corte Constitucional colombiana, a título de interpretación de los DESC.

Dentro de los órganos controlados por el ECOSOC vale la pena mencionar al Comité de DESC que desempeña funciones de supervisión encomendadas por aquel. El Comité emite observaciones generales, que suelen ampliar e interpretar el Pacto Internacional de DESC y que hasta el momento tocan una diversidad de temas (derechos a la salud, al agua, al trabajo, a la educación, entre otros<sup>32</sup>) y observaciones finales a los informes presentados por los Estados parte. Todos estos documentos resultan bastante

---

(cfr. casos guatemaltecos de personas afectadas por el VIH rechazados por la CIDH). Para un análisis detallado cfr. Tara J. Melish, *El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano* (2006, tomado de [http://www.pdhumanos.org/libreria/libro6/08\\_tara.pdf](http://www.pdhumanos.org/libreria/libro6/08_tara.pdf)).

32 Las observaciones generales están en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>

ilustradores de la evolución de la interpretación de los DESC desde el ámbito internacional y por ello constituyen una fuente no solo interesante sino de autoridad para los jueces constitucionales.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) son algunas de las demás instancias internacionales cuyos pronunciamientos tocan temas directamente relacionados con los DESC y cuyas competencias han sido reconocidas por el derecho interno colombiano. Por ello resultan igualmente una fuente enriquecedora para la jurisprudencia constitucional.

### C. LOS ÓRGANOS JUDICIALES ECONÓMICOS Y LOS DESC

Vale la pena destacar en este punto que existen órganos judiciales cuya vocación es principalmente económica y que han incorporado conceptos de derechos humanos en sus decisiones. Las interpretaciones de estos órganos, por su reputación internacional, por su naturaleza y por tratarse en algunos casos de órganos de los cuales también hace parte el Estado colombiano, pueden eventualmente impactar la jurisprudencia constitucional. Tal es el caso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), el órgano de solución de controversias (OSD) de la OMC<sup>33</sup> y el CIADI. Se han destacado estos tres casos ya que dentro de los derechos “invitados” a formar parte de las apreciaciones de los jueces, panelistas y árbitros se destacan algunos DESC. Ninguno de estos órganos ha aplicado los instrumentos de derechos humanos en sus providencias, pero han tenido en cuenta el enfoque de los derechos humanos dentro de sus postulados comunitarios, de libre cambio y de protección de la inversión extranjera respectivamente. Tales interpretaciones resultan no solo ilustradoras del reconocimiento progresivo de la interdependencia de los DESC y la economía, sino

---

33 En este artículo, por simplicidad de la demostración, asimilaremos el órgano de solución de controversias de la OMC a una instancia de carácter judicial, aunque técnicamente no lo sea.

sobre todo reflexiones que podrían ser de utilidad para los jueces constitucionales. El Estado colombiano forma parte de la OMC y ratificó la competencia del CIADI para dirimir los eventuales conflictos derivados de su relación con los inversionistas extranjeros. Si bien hasta el momento la jurisprudencia constitucional no se ha pronunciado suficientemente sobre temas relacionados con el comercio y la inversión extranjera, no es de extrañar que en épocas de negociaciones de tratados de libre comercio y de promoción a la inversión extranjera se desaten más conflictos en cuanto a la eventual vulneración de los DESC. Por ello puede ser interesante conocer los desarrollos de tales instancias judiciales y sobre todo las reflexiones que han llevado, mediante el activismo judicial, a interpretar instrumentos internacionales en materia de DESC.

En el caso del TJCE<sup>34</sup>, este órgano, cuyos tratados constitutivos no mencionaban su competencia en materia de derechos humanos, incluyó, en virtud de una evolución compleja, la protección de los derechos humanos en sus decisiones<sup>35</sup> y promovió iniciativas normativas en ese sentido<sup>36</sup>. El TJCE reformuló el campo de la actividad económica en términos de derechos humanos, pero tal reformulación no parece estar hecha en virtud de una necesidad de integrar el derecho comunitario al derecho internacional y particularmente a los postulados del Consejo de Europa. De lo contrario no se entendería por qué los derechos mencionados se limitan a algunos derechos sociales<sup>37</sup>, a la protección de la propiedad, y no dice nada respecto de los derechos cuestionados por la creciente

34 Los tratados constitutivos no mencionan los derechos humanos, y la inclusión de estos se hizo por la vía jurisprudencial de forma denominada por algunos “clandestina”. Para mayor profundización cfr. Guillaume Gros, *Union européenne et droits fondamentaux*, 41-88, en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* No. 5. (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005).

35 Cfr. casos *Stauder*, CJCE 12/11/69, Aff. 29/69, Rec. 419, *Nolde*, CJCE 14/03/74, Aff. 4/73, Rec. 45, y *Rutili*, CJCE, 28/10/75, Aff. 36/75, Rec. CJCE 1975, 1219.

36 Cfr. la Carta de Derechos Fundamentales y el proyecto de Constitución Europea con sus respectivos resultados.

37 Grainné De Burca, *The Language of Rights and European Integration*, 30-39, en *New Legal Dynamics of the European Union* (J. Shaw & G. Moore, Clarendon Press, Oxford, 1995).

inmigración, la discriminación racial o los derechos de las minorías. Tal selectividad parece obedecer más a cuestiones de preferencias acordes con los objetivos principales de la institución.

La OMC, por su parte, ha involucrado la protección de los derechos humanos, en particular de la salud, de manera muy selectiva. Una buena parte de las demandas de los Estados miembros reposan sobre la oposición entre la libertad de comercio y la protección de la vida y la salud de las personas. A pesar de que el objetivo principal del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT) es la liberalización del comercio internacional, el artículo XX.b<sup>38</sup> del mismo acuerdo establece algunas excepciones generales. El órgano de solución de controversias aplicó finalmente el artículo XX.b en el sonado caso del amianto en consonancia con los imperativos del derecho a la vida y el derecho a la salud. Lo anterior le permitió al Estado miembro que había adoptado una medida restrictiva del comercio tomar las medidas necesarias para la protección de la salud y la vida de las personas y determinó como legítima la presunta violación a las normas del GATT. Sin embargo, el órgano de apelación de la OMC realizó tal interpretación en medio de cuestionamientos acerca de su activismo judicial. La OMC ha involucrado imperativos de derechos humanos pero ha dejado siempre muy claro que no es un órgano cuya competencia se extienda al análisis de instrumentos distintos de los incluidos en el GATT. La mención que hace de los DESC (salud y medio ambiente) se restringe a su relación con las actividades comerciales y no está acompañada de fuentes adicionales (como pronunciamientos de otros tribunales o de órganos de monitoreo).

El CIADI en sus decisiones arbitrales que oponen a un Estado con un inversionista extranjero está llamado a proteger la inversión

---

38 Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994: “Artículo XX. Excepciones generales. *A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: (...) b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales*”.

extranjera y los derechos de los inversionistas. Este tribunal aplica las normas del derecho internacional de la inversión extranjera. Durante muchos años el tema de los derechos humanos estuvo alejado de las decisiones rendidas por los paneles de árbitros y por esta razón fue objeto de múltiples críticas provenientes en su mayoría de organizaciones de la sociedad civil<sup>39</sup>. Sin embargo, recientes decisiones han reconocido la necesidad apremiante por parte de los Estados de proteger y garantizar los derechos humanos y han concluido en la necesidad de reconocerle importancia a la potestad regulatoria de los Estados cuando se trate de proteger los derechos humanos. Los casos recientes evocan los derechos culturales y el derecho al medio ambiente sano y a la salud<sup>40</sup>. Pese a esto, no se ha identificado hasta el momento una homogeneidad de dichos criterios en los fallos y, en todo caso, la mención que hacen los árbitros de los DESC es en primer lugar selectiva en cuanto a los derechos que enuncian, y en segundo lugar es consistente en cuanto a su falta de competencia para pronunciarse respecto de la aplicación de tales derechos. Actualmente muchos casos denunciados incorporan en los argumentos de la defensa un enfoque de derechos humanos<sup>41</sup>, y el creciente número de demandas, así

39 El caso más controvertido del CIADI es *Metalclad vs. México*. En este caso el gobierno municipal le negó la licencia de operación a una empresa extranjera por considerar que su actividad estaba causándole perjuicios al medio ambiente. El tribunal arbitral consideró que la potestad regulatoria del Estado se encontraba por debajo de la protección de los derechos de los inversionistas (el derecho a la propiedad) y concluyó que la medida era una expropiación que requería el pago de la respectiva indemnización compensatoria. “*The Tribunal need not decide or consider the motivation or intent of the adoption of the Ecological Decree...*”. *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID. Case Arb/AF/97/1, August 30, 2000 par. 111-113.

40 *Parkerings v. Lithuania*. ICSID Case No. ARB/05/8 del 11 de septiembre de 2007. En este caso el CIADI consideró que la distinción que se hizo entre dos empresas proponentes en un proyecto para la construcción de parqueaderos no era discriminatoria y no perjudicaba los derechos de los inversionistas extranjeros a ser tratados sin discriminación. La protección del patrimonio cultural de la humanidad de la ciudad de Vilnius fue el factor decisivo para preferir legítimamente una oferta sobre la otra. Otro ejemplo es el caso *Maffezini v. Spain*, ICSID Case No ARB/97/7, Final Award, November 13, 2000 relacionada con el medio ambiente.

41 En el caso *Quechan Indian Nation, Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, de octubre de 2006, el Estado invoca la protección de los derechos de los pueblos

como el desarrollo paralelo de la responsabilidad social empresarial, podrían impulsar una evocación más directa de los DESC en los pronunciamientos.

En el caso de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y del Centro Interamericano de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI), una sana interpretación integral del derecho internacional que determina el derecho de la inversión extranjera y del comercio internacional como especialidades contenidas en el derecho internacional, y no como regímenes autónomos, permite la mención (menos que la invocación) de los derechos humanos. Sin embargo, esta referencia a los derechos humanos no se ha consolidado, y en este momento se encuentra envuelta en la definición de las políticas de cada organización determinadas por el mercado y por las especificidades de los lugares en los que se ubican los diferendos examinados.

Si se analiza de manera rápida este fenómeno podría pensarse en que finalmente se alcanzó la universalidad del discurso de los derechos humanos. Sin embargo, sin desestimar la importancia que esto refleja para la protección de los derechos humanos, no puede perderse de vista el carácter político de la consideración de los derechos humanos en tales pronunciamientos. Los DESC aparecen de manera clara en el caso del TJCE como un elemento legitimador del poder de decir el derecho y de la competencia del Tribunal<sup>42</sup>. Tanto el Tribunal de justicia de las comunidades Europeas (TJCE) como la OMC y el CIADI reformulan sus competencias en clave de derechos humanos, pero desde su concepción particular, es decir, desde sus preferencias políticas. Los derechos humanos están invocados selectivamente por los órganos judiciales (solo algunos derechos estrictamente relacionados con la actividad económica, como el derecho a la salud, al medio ambiente sano y los derechos de los pueblos indígenas), y además están insertos en un marco que

---

indígenas. La decisión está pendiente y el caso no es público.

42 Martti Koskenniemi, *L'effet des droits sur la culture politique*, 185-187, en *La politique du droit international*, en Cerdin Pedone (Paris, 2007).



establece claras preeminencias y jerarquías (lo cual aparece como incongruente con el enfoque de derechos humanos).

En conclusión, el uso del discurso de los derechos humanos y en particular de los DESC pasa por el filtro de las necesidades y disposiciones políticas de cada organismo de donde proviene el pronunciamiento internacional.

Partimos de la idea de que los derechos humanos coadyuvan en la politización de la gestión pública. Los derechos humanos hacen parte de este panorama. Las instancias judiciales emplean la retórica de los derechos desde una perspectiva de preferencias (políticas). Esto es aún más evidente respecto de instancias cuyos principales postulados estaban formulados a una distancia considerable de los derechos humanos.

Vale la pena ahora preguntarse cómo impacta esto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de DESC.

### III. LA JURISPRUDENCIA DE TUTELA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LOS DESC

Una vez determinados los pronunciamientos de órganos internacionales que involucran los DESC y que podrían resultar relevantes para una interpretación constitucional procedemos a realizar un comentario acerca de la influencia de los pronunciamientos de órganos internacionales en materia de DESC en la Corte Constitucional. Para ello realizamos un barrido jurisprudencial de los asuntos de tutela en los términos descritos en el aparte acerca de la metodología presentado en la parte inicial de este artículo.

Los resultados se encuentran condensados en este capítulo en su primer aparte, al igual que las conclusiones de los objetivos específicos que nos planteamos para el proyecto de investigación. Adicionalmente adjuntamos como anexo algunos cuadros y gráficas comparativas de las decisiones de tutela resultado del barrido jurisprudencial.

En el aparte final de este capítulo se condensan las reflexiones finales de esta investigación y se plantea la reflexión y las

conclusiones generales respecto de la retórica del DIDH en la Corte Constitucional colombiana en pronunciamientos sobre DESC.

#### A. RASTREO DE JURISPRUDENCIA Y CONCLUSIONES DE LOS OBJETIVOS ESPECÍFICOS

El barrido jurisprudencial arrojó resultados que nos permitieron determinar cuáles DESC ha tratado la Corte Constitucional en sus decisiones de tutela para las cuales ha recurrido al uso de fuentes provenientes de decisiones internacionales. Los cuadros muestran asimismo cuáles son los órganos de donde emanan las decisiones interpretadas por la Corte en sus fallos de tutela, y finalmente dan cuenta del número de sentencias que en cada año han recurrido a decisiones internacionales que protegen los DESC.

En el documento anexo se encuentran las referencias detalladas de las sentencias de tutela rastreadas.

El primer cuadro muestra los DESC tratados por la Corte en sus decisiones de tutela y para cuya decisión se sirve de fuentes internacionales.

Cuadro No. 1  
DESC en la corte - Decisiones de tutela

<b>Derecho / Tema en cuestión</b>	<b>Cantidad</b>
Salud	86
Vivienda	9
Educación	2
Trabajo / Asociación sindical	23
Seguridad social	7
Interdependencia de derechos, desarrollo progresivo y justiciabilidad DESC	9
Desplazamiento interno / mínimos	3
Criterios mínimos de DESC en establecimientos penitenciarios	7
Discapacitados	8

<b>Derecho / Tema en cuestión</b>	<b>Cantidad</b>
Interés superior del menor	3
Otras medidas relacionadas con los DESC	3

Fuente: Elaboración propia

El siguiente cuadro muestra los órganos de los cuales se derivan los pronunciamientos empleados por la Corte Constitucional en materia de DESC y el número de veces que estos son utilizados.

Cuadro No. 2  
Órganos DESC

<b>Órgano productor del pronunciamiento</b>	<b>Cantidad</b>
Comité de Libertad Sindical de la OIT	16
Comité de Derechos Humanos - ONU	8
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	108
Corte Europea de Derechos Humanos	5
Corte Interamericana de Derechos Humanos	3
Consejo Económico y Social	5
Relator Especial de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas	1
Organización Mundial de la Salud	1
Comisión Interamericana de Derechos Humanos	1
Consejo de Europa	1

Fuente: Elaboración propia

El cuadro que sigue muestra el número de decisiones de la Corte por año en las cuales la misma toma como fuentes pronunciamientos internacionales en materia de DESC.

Cuadro No. 3  
Decisiones en la corte DESC

Año	Número de sentencias
1992	2
1993	0
1994	1
1995	3
1996	0
1997	0
1998	1
1999	2
2000	1
2001	3
2002	0
2003	13
2004	26
2005	30
2006	40
2007	24
<b>Total</b>	<b>146</b>

Fuente: Elaboración propia

De los resultados que arrojan los cuadros se derivan las respuestas a los objetivos planteados en esta investigación.

El objetivo general del proyecto de investigación suponía identificar la interacción entre el derecho y la economía en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de DESC, así como lograr percibir qué tan determinantes habían sido ellas en los cambios de posición que se han dado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde el inicio de su labor.

De este objetivo general se desprendieron objetivos específicos cuya investigación arrojó los siguientes resultados.

En cuanto al primer objetivo específico, cuyo fin era establecer el efecto de la complementariedad en el derecho internacional entre derecho y economía a través de la identificación de los pronunciamientos

de organizaciones internacionales y órganos judiciales y cuasijudiciales en la jurisprudencia de la Corte (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ECOSOC, Comité de DESC, OMC, CIADI, Banco Mundial, Organización Interamericana del Trabajo OIT, Organización de las Naciones Unidas para la agricultura y la alimentación FAO, Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros), se puede concluir que la Corte sólo ha tenido en cuenta pronunciamientos del ECOSOC, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la OIT. Estos órganos tratan temas de derecho y sobre todo de derechos humanos. Los pronunciamientos de órganos de tipo netamente económico no hacen parte de las referencias de la Corte ni desde el punto de vista activo ni retórico. Se ve claramente un divorcio entre derecho y economía en los pronunciamientos en materia de DESC objeto de este estudio.

En cuanto al segundo objetivo, cuya finalidad era establecer cuál ha sido la evolución teórica que se ha dado al interior de la Corte Constitucional en materia de la protección de los DESC con el objeto de determinar el punto en el que se encuentra actualmente, al mismo nos referiremos de manera detallada en el aparte final de este artículo denominado “La retórica del derecho internacional de los derechos humanos en la Corte Constitucional colombiana en pronunciamientos sobre DESC”. Adicionalmente se puede comentar que a partir del año 2001 la Corte emplea con mayor constancia pronunciamientos de organismos internacionales en materia de DESC, y no solo los utiliza en decisiones respecto del derecho al trabajo y las libertades sindicales, sino que empieza a tratar temas de subsistencia mínima relacionados con el desplazamiento forzado. Esto puede obedecer a varias razones, dentro de las que se encuentra el recrudecimiento de la situación de desplazamiento en Colombia y la importancia adquirida desde 1998 por los principios rectores sobre el desplazamiento forzado como fuente de derecho.

A partir del año 2000 la Corte se refiere con mayor precisión a fuentes internacionales en materia de derecho a la salud, en particular a la Observación General 14 del Comité de DESC. Sin embargo, en adelante será la única referencia empleada por la Corte para tratar acciones de tutela en materia de salud.

A partir del año 2003 la Corte Constitucional considera necesario precisar el alcance de la noción de desarrollo progresivo de los DESC, para lo cual hace un uso activo de las observaciones generales 3 y 14 del Comité de DESC y del informe presentado por el Relator Especial de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. La justiciabilidad de los DESC, así como su interdependencia con el desarrollo progresivo, ocupan algunas líneas de las decisiones de la Corte.

De estos resultados se derivan conclusiones que apuntan a mostrar el uso insuficiente y reiterativo de las fuentes empleadas por la Corte Constitucional en materia de DESC, y se nos brindan algunos elementos para identificar razones para el uso discursivo de los DESC en su jurisprudencia de tutela.

#### REFLEXIONES FINALES: LA RETÓRICA DEL DIDH EN LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN PRONUNCIAMIENTOS SOBRE DESC

Desde las primeras sentencias de tutela falladas por la Corte Constitucional en 1992 fue posible ver una propensión de los magistrados de ese entonces a incluir dentro de sus pronunciamientos referencias a instrumentos de DIDH. La construcción de un argumento-tipo<sup>43</sup> en las sentencias de tutela durante los primeros años de la Corte Constitucional no fue una tarea fácil ni pacífica al interior del mismo tribunal. Por ejemplo, la lucha para que se pudiera considerar a la jurisprudencia constitucional como una fuente vinculante para casos futuros fue objeto de tensas discusiones entre los magistrados de la Corte incluso hasta el año

---

43 Por argumento-tipo nos referimos a una retórica judicial construida por los jueces para cierto tipo de casos (p. ej., casos de tutela) a través de la cual ellos mismos legitiman sus decisiones dentro de un sistema jurídico. Este tipo de retórica es impuesta a los litigantes para tener éxito en sus presentaciones, a punto tal que se crea una especie de metalenguaje que contiene las premisas percibidas como “correctas” por una determinada comunidad para poder argumentar. Cfr. al respecto Jorge González-Jácome, *El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica*, 265-293, en *Vniversitas* No. 112 (julio-diciembre de 2006).

2001<sup>44</sup>. Los argumentos-tipo que empezó a construir la Corte a partir de su labor se referían, entonces, a nuevas fuentes del derecho como la jurisprudencia y tratados internacionales de derechos humanos<sup>45</sup>, nuevos métodos de interpretación como el test de razonabilidad<sup>46</sup> y la ponderación, y también resultados novedosos a través de los cuales se empezaron a proteger ciertos derechos que eran vistos como poco importantes en nuestro sistema jurídico<sup>47</sup>. Así las cosas, el hecho de que la Corte Constitucional incluyera nuevas fuentes para fallar sus casos hacía parte de una construcción de los argumentos-tipo válidos para la jurisdicción constitucional. A ello colaboró el artículo 93 de la Constitución el cual señalaba que los tratados de derechos humanos, con ciertas especificidades, prevalecían en el orden interno; pero también lo hacía un artículo explorado en las primeras sentencias de la Corte que señalaba que se entendían como derechos fundamentales todos aquellos inherentes a la persona humana (art. 94). Así las cosas, el argumento-tipo de la Corte Constitucional fue influido por un panorama de fuentes que hacía que la citación de instrumentos de derecho internacional fuera prácticamente un mandato constitucional para el juez.

Ello explica, en parte, la razón por la cual los magistrados de la Corte Constitucional sintieron que una forma de legitimación de los argumentos que esgrimían era citando pronunciamientos de agencias internacionales, lo cual no fue una excepción en los temas de DESC. Sin embargo, en este tema la Corte Constitucional adoptó una posición bastante particular para lograr que los mismos fueran tutelables; desde las primeras sentencias se discutió si los DESC eran parte de los

44 López Medina, ob. cit., supra nota 13, 28-70.

45 Cfr. respectivamente las sentencias T-123 de 1995 y T-002 de 1992.

46 La sentencia C-022 de 1996 parece inaugurar esta técnica que se consolida con los pronunciamientos C-093 de 2001 y C-673 de 2001.

47 Es paradigmático el caso de dos adultos mayores que solicitan una acción de tutela con el fin de que el dueño de un predio levante unos obstáculos que ha puesto en su inmueble que no deja a los accionantes pasar libremente por el mismo. La Corte ordenó al dueño del predio facilitar el tránsito de los adultos mayores y de su animal de carga por encontrar que estos últimos se hallaban en estado de indefensión y que el dueño debía atender al deber de solidaridad. Este fue el caso resuelto en la sentencia T-036 de 1995.

derechos constitucionales fundamentales de los que habla el artículo 86<sup>48</sup>. La posición de la Corte se fue decantando tempranamente y se señaló que si bien los DESC no eran parte de los llamados derechos constitucionales fundamentales, debía entenderse que ellos sí podían ser tutelables si en un determinado caso su vulneración afectaba los valores protegidos por los derechos constitucionales fundamentales (como la vida o la libertad)<sup>49</sup>. Esta historia es un lugar común del derecho constitucional colombiano en la actualidad, pero bien vale pena denotar una cuestión fundamental en este punto: este argumento-tipo que construyó la Corte y que ha venido sosteniendo hasta nuestros días, no corresponde de una manera integral a las reflexiones realizadas desde el campo del derecho internacional en donde, a través de la Conferencia de Viena de 1993, se abogó por la unidad de los derechos humanos sin jerarquizar entre derechos civiles y políticos y DESC<sup>50</sup>. La Corte colombiana, al hablar de conexidad, sigue sosteniendo que hay una preponderancia de los derechos que la Constitución llama “constitucionales fundamentales” sobre los DESC<sup>51</sup>, razón por la cual cuando se habla de la influencia del derecho internacional en los fallos de la Corte ello tiene que ser visto con beneficio de inventario. Esto implica que el argumento-tipo de la Corte en materia de DESC se encuentra basado en una jerarquización de los derechos humanos que la propia Conferencia de Viena de 1993 propició que se eliminara, y por lo tanto se puede hablar de una diferencia de concepción fundamental entre lo señalado por el derecho internacional y la construcción de la Corte colombiana.

Una sentencia que la propia Corte trató como de reiteración de jurisprudencia dejó en evidencia este distanciamiento entre las diferentes

---

48 Es importante notar que la sentencia T-002 de 1992, la segunda sentencia de tutela resuelta por la Corte Constitucional, discutía si el derecho a la educación era de carácter “constitucional fundamental”.

49 Fue esta la posición de la sentencia T-406 de 1992.

50 United Nations-General Assembly, *World Conference on Human Rights*, UNHCR, October 13, 1993 disponible en: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.24+\(PART+I\).En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.24+(PART+I).En?OpenDocument)

51 Jorge González-Jácome, *The Political and Legal Struggle for the Determination of Economic, Social, and Cultural Rights: the Colombian and International Contexts*, 123-145, en *Vniversitas* No. 106 (julio-diciembre 2003).



concepciones de base sobre los derechos humanos manejadas por la Corte. En un caso estudiado en el año 2001<sup>52</sup> a la Corte Constitucional se le presentó un típico caso referido a una persona infectada con VIH que le había solicitado a su Entidad Promotora de Salud la realización de un examen de carga viral; este procedimiento es necesario para que las personas que han adquirido esta condición puedan saber sobre el estado de su enfermedad y el tratamiento a seguir. Sin embargo, como dicho procedimiento no se encontraba incluido en el Plan Obligatorio de Salud la empresa se negó a prestarle dicho tratamiento, lo cual llevó a la persona a solicitar una acción de tutela en contra de la EPS por considerar que se le vulneraba su derecho a la salud que, en este caso, se encontraba en relación de conexidad con la vida digna. La Corte terminó fallando a favor del accionante en este argumento-tipo de la conexidad, pero la aclaración de voto dejó ver, en ese momento, hasta qué punto las reflexiones sobre DESC de la Corte se habían distanciado de las reflexiones construidas en el ámbito internacional. Al respecto, el magistrado Rodrigo Uprimny en su aclaración de voto marca el tono de sus dudas en torno a la jurisprudencia de la Corte, la cual él percibe desbalanceada entre la protección del derecho a la salud y del derecho a la igualdad. Su preocupación radica en que si bien encuentra loable el imperativo ético de los magistrados de la Corte de proteger a personas afectadas por enfermedades como el VIH, ve con preocupación el hecho de que se están repartiendo recursos escasos del sistema de seguridad social solamente a las personas que están demandando. Es decir, a él le preocupa el hecho de que haya muchas otras personas en la misma situación de las personas que demandan, pero que solamente aquellas que acuden al sistema judicial sean las beneficiadas. En palabras de Uprimny:

*“En efecto, la Corte ha considerado que siempre que una prestación médica sea necesaria para proteger la vida digna, entonces la persona puede obtener esa prestación por medio de la tutela. Pero la Corte no se ha preguntado si esa prestación médica es o no universalizable, y si puede*

52 Se trata de la sentencia T-1207 de 2001, pero específicamente de su aclaración del voto suscrita por Rodrigo Uprimny.

*o no ser concedida a todas las personas que se encuentren en condiciones semejantes”.*

Ello lleva a que Uprimny se pregunte de una manera más amplia por la doctrina de la Corte sobre la conexidad, la cual la ha llevado a que, como no se cataloga como fundamental/universal el derecho a la salud, existan problemas que implican que solamente bajo algunos casos este derecho es objeto de protección preferente por el Estado colombiano (a través de los jueces). Sólo en aquellos casos en que haya conexidad con uno de los valores fundamentales protegidos por la Carta Política el juez optará por protegerlo. En ese sentido, para Uprimny el argumento de conexidad construido por la Corte genera una trampa en donde pareciéramos estar protegiendo mucho, pero en el fondo se está negando a otros una protección de la cual son merecedores<sup>53</sup>.

Continúa Uprimny señalando que es un poco más protectora la decisión que se ha construido desde el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas al comentar el artículo 12 sobre la progresividad de los DESC. Se resalta, fundamentalmente, el hecho de que en el DIDH este derecho a la salud se ha catalogado como uno de tipo fundamental, lo cual ha llevado a que el Comité establezca cuáles son los contenidos que deben estar presentes en la obligación estatal de proveer el derecho a la salud. Allí Uprimny resalta que existen unas obligaciones básicas en lo que respecta a la salud que siempre deben ser satisfechas, una especie de núcleo esencial del derecho que no depende de si está conectado con el derecho a la vida. Se plantea que este núcleo esencial del derecho a la salud debe ser el punto de partida de la Corte Constitucional con el fin de ir logrando, progresivamente, la ampliación de la cobertura en salud. La preocupación es que al

---

53 Parece ser a esta ambigüedad a la que los críticos de los derechos han aludido en Estados Unidos al perder la fe en el discurso. Parece que están otorgando pero en realidad al momento de plasmarlos en el papel se convierten en una forma más sutil de exclusión. Para una discusión sobre este tema cfr. Wendy Brown, *La crítica de los derechos* (Wendy Brown, Patricia Williams e Isabel Cristina Jaramillo, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003).

seguir insistiendo en la conexidad se está privilegiando a un grupo de personas que demanda y se le da mayor cantidad de recursos a quienes ya tienen acceso al sistema, dejando por fuera de la cobertura esencial de salud a personas que no tienen siquiera los mínimos. Es decir, revisando la aclaración de voto de Uprimny se puede sospechar que si la Corte Constitucional, en la construcción de su argumento-tipo sobre la conexidad de los DESC a los derechos fundamentales, se uniera definitivamente a lo que han señalado instancias internacionales, las decisiones serían diferentes<sup>54</sup>. Esta discusión planteada por el magistrado que aclaró el voto no ha sido profundizada con la suficiente seriedad por la Corte, y en repetidos casos sobre protección de DESC, en especial de derecho a la salud, la Corte ha reiterado el argumento-tipo de la conexidad.

En este punto surge una cuestión fundamental, y es la de cuál es el papel del DIDH en los DESC; ello lleva a plantear unas hipótesis importantes en la medida en que no se trata simple y llanamente de una aplicación idéntica que los tribunales colombianos hacen respecto de las interpretaciones llevadas a cabo por organismos internacionales. La Corte Constitucional sin duda se ha dejado impactar en la construcción de un argumento-tipo compuesto por retóricas de derechos humanos surgidas en organismos internacionales. Sin embargo, ello no quiere decir que la Corte haya trasplantado exactamente a sus sentencias los argumentos que se han producido en dichas instancias internacionales para el caso de los DESC, siendo evidente que ha decidido pegarse a la idea de la conexidad. Se ha podido ver a lo largo de esta investigación que la Corte cita repetidamente los instrumentos internacionales en donde se reconocen los DESC<sup>55</sup> pero, tal como quedó claro con la aclaración de voto de Uprimny en la sentencia que se viene comentando, la adopción de las interpretaciones hechas por los organismos no ha sido tan evidente.

54 En este punto no quisiéramos discutir si las decisiones son más o menos protectoras. Este proyecto quiere denotar es el tipo de influencia que ejerce el discurso del DIDH en los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

55 Como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Protocolo de San Salvador en el caso del SIDH.

Algunos podrían decir que la Corte Constitucional estaría haciendo una mala lectura del discurso de los derechos humanos en materia de DESC, hecho que le impediría comprender claramente y aplicar de manera “correcta” los significados construidos alrededor de las cláusulas de derechos humanos<sup>56</sup>. Es más, en estudios recientes encaminados a describir las características del campo jurídico latinoamericano, esta idea es evidente cuando se infiere que la construcción del derecho latinoamericano se puede expresar como una desviación de la correcta aplicación de las normas jurídicas liberales construidas en Europa. Ello es así principalmente por el hecho de que siempre (los latinoamericanos) llegamos tarde a los procesos políticos que justifican el derecho, siendo paradigmático el hecho de que hayamos llegado tarde y de manera artificial a la modernidad (vía Colonia)<sup>57</sup>. Análisis como estos llevarían a pensar que cuando la Corte Constitucional colombiana no aplica “correctamente” (o exactamente) los pronunciamientos de los órganos internacionales, ello se debe a una falla de su derecho que debe ser corregida para encauzar la correcta aplicación del derecho. Esta idea sobre un derecho incorrecto que domina en América Latina no es extraña en las discusiones jurídico-políticas contemporáneas, a punto tal que ya es común hablar de ciertos Estados que se denominan fallidos<sup>58</sup> y en donde el respeto al “*Rule of law*” traducido en la garantía de los derechos humanos es uno de los criterios para medir si hay una falla o no del Estado. En el último índice “oficial” de los Estados fallidos publicado por *Foreign Policy*, se habla de Estados críticos, otros en peligro de ser fallidos, otros estables y, por último, unos denominados más estables. Resulta significativo

---

56 Esta es la discusión que se desprende de Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho*, 73-95 (Bogotá, Legis, 2004).

57 Mauricio García-Villegas y César A. Rodríguez, Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos, 15-57, en *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos* (Mauricio García-Villegas y César A. Rodríguez, eds., ILSA, 2003).

58 Cfr. Christopher Clapham, Jeffrey Herbst, Patricia Moncada Roa y Robert I. Rotber., *Los Estados fallidos o fracasados. Un debate inconcluso y sospechoso* (Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008).

que para Suramérica solamente Chile, Uruguay y Argentina no están ni dentro de los críticos ni dentro de los que se encuentran en peligro; el resto están en una peligrosa línea limítrofe que los puede hacer caer en una crisis, según *Foreign Policy*, en cualquier momento. Gracias al conflicto armado y al desplazamiento forzado especialmente, Colombia no participa de la categoría impuesta a sus demás colegas suramericanos sino que su Estado empieza a ser crítico<sup>59</sup>. Este fenómeno está íntimamente ligado con la idea del derecho fallido, puesto que dentro de las variables para calificar a los Estados se encuentra el cumplimiento a los estándares de derechos humanos que muchas veces es medido por vía de los desarrollos del sistema judicial y de las interpretaciones de los jueces. Sin embargo, no estamos de acuerdo con la interpretación que de este marco se derivaría respecto del distanciamiento de la Corte Constitucional de los pronunciamientos de los organismos internacionales, el cual parecería afirmar las siguientes premisas:

1. La Corte Constitucional colombiana ha hecho una mala lectura de lo que deben ser los DESC de conformidad con los organismos internacionales.
2. La mala lectura se debe a la falta de comprensión de los jueces de las normas relevantes, lo cual se debe a la llegada tarde de países como Colombia a los procesos políticos centrales.
3. Las malas lecturas devienen en una falta de protección adecuada de los derechos humanos y por lo tanto se genera una variable de posibles Estados fallidos.
4. Se debe corregir la interpretación para ajustarla adecuadamente al pronunciamiento de organismos internacionales y evitar seguir cayendo en un derecho fallido.

Premisas como estas son comunes a los análisis sobre la aplicación del derecho en América Latina y en particular del derecho internacional. Sin embargo, recientemente ha habido un cuestionamiento importante en torno a la utilidad que tiene hablar de derecho fallido en América Latina<sup>60</sup>. Las hipótesis que han surgido

59 Cfr. Fund for Peace and Foreign Policy Magazine, *The Failed States Index 2007*, disponible en [http://www.foreignpolicy.com/story/cms.php?story\\_id=3865](http://www.foreignpolicy.com/story/cms.php?story_id=3865)

60 Jorge L. Esquirol, *The Failed Law of Latin America*, en *56 American Journal of*

se refieren a una construcción discursiva<sup>61</sup> respecto a estas variables que terminan estando ligadas a diversos proyectos ideológicos que justifican la intervención política en América Latina<sup>62</sup>. Ello lleva a que las propuestas de un derecho fallido para América Latina sean principalmente fruto de que ciertos juicios de valor (¡como el hecho de que un derecho falle!) se terminan convirtiendo en *descripciones objetivas* de una supuesta realidad de América Latina. Así, se ha catalogado como dañina esta aproximación sobre los derechos fallidos al menos por tres razones: i) mina la legitimidad del Estado de derecho y de sus instituciones; ii) mantiene una cantidad de decisiones ocultas pues las decisiones y el horizonte de la reforma se toman en lugares distintos a América Latina; iii) lo anterior lleva a que las opciones latinoamericanas no sean consideradas con la debida seriedad, y por lo tanto propuestas alternativas muchas veces no son examinadas<sup>63</sup>. Así las cosas, ese discurso de un derecho fallido, mal aplicado o mal leído, es una forma de seguir haciendo que las decisiones sobre la marcha de Estados latinoamericanos sean tomadas sin consideraciones serias de lo que se produce en dichas comunidades. Este ha sido el caso, probablemente, de la dinámica de reformas de la segunda ola del derecho y desarrollo que ha llevado consigo la idea de hacer reformas judiciales fortaleciendo la aplicación de los derechos humanos y con el reforzamiento de una economía de mercado que permita a los países competir libremente y formar zonas de libre comercio<sup>64</sup>.

La cuestión a la que nos lleva el punto que venimos sosteniendo es a preguntarnos cómo podemos interpretar la conducta de la Corte la cual, a pesar de ser consciente al menos desde el año 2001 de que en materia de protección a los DESC no está aplicando las interpretaciones de los organismos internacionales, se ha mantenido

---

*Comparative Law* 75 (2008).

61 Para el tema de la construcción discursiva cfr. Aletta Norval, *The Things we do with Words: Contemporary Approaches to the Analysis of Ideology*, 313-346, en *30 British Journal of Political Science*, No. 2 (April, 2000).

62 Esquirol, ob. cit., supra nota 60.

63 *Ibid.*, 78.

64 Yves Dezalay y Bryant Garth, *La internacionalización de las luchas por el poder* (ILSA, Bogotá, 2002).

en su tesis de la conexidad. ¿Se podría decir que entonces el discurso de los derechos humanos en nada ha permeado la labor de la Corte Constitucional colombiana en materia de DESC? ¿Trabaja la Corte un camino interpretativo independiente sin acercarse a lo que ocurre en el campo jurídico contemporáneo? Sin duda en el derecho latinoamericano, al menos desde el desmonte de las dictaduras y las aperturas democráticas en diferentes países como Chile, Argentina o Colombia durante la década de los noventa, el discurso jurídico se transformó profundamente. Antes de esta apertura, ni a la izquierda ni a la derecha le interesaba hablar de derechos humanos. De parte de la derecha que estaba en el poder, el discurso de derechos humanos se le antojaba contrario a sus métodos con los cuales se había combatido a la oposición a través de desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales. Para los revolucionarios de izquierda los derechos no eran significativos, tampoco, por el hecho de que su lectura de las doctrinas marxistas veía lo jurídico como una superestructura desde la cual era imposible llevar a cabo una transformación<sup>65</sup>. Con el tránsito hacia la democrática este panorama cambió y la izquierda encontró atractivo el Estado de derecho y el derecho a elegir y ser elegido<sup>66</sup>, mientras que para la derecha el discurso de los derechos significaba una menor intervención del Estado en las negociaciones económicas de los particulares<sup>67</sup>. Así las cosas, es importante señalar que el uso de la retórica de derechos humanos en los argumentos-tipo de la Corte Constitucional apareció por una especie de consenso político que imperaba en la región en la medida en que diversos extremos del espectro político vieron que había algo positivo respecto del discurso de los derechos.

Sin embargo, no es conveniente ver esta transformación única y exclusivamente como algo latinoamericano. Si bien algunos análisis sobre las transformaciones jurídicas se concentran en mostrar que el derecho va cambiando principalmente por la influencia de los

65 Maximo Langer, *Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery*, en *55 American Journal of Comparative Law* 617 (2007).

66 *Ibíd.*

67 López Medina, *ob. cit.*, supra nota 13, 330.

acontecimientos que se presentan en los ámbitos locales<sup>68</sup>, hay quienes han señalado que la construcción discursiva del derecho es más compleja y que las dinámicas locales no son tan determinantes a la hora de revisar las transformaciones del pensamiento jurídico<sup>69</sup>. Es decir, no existe una lógica particular/local para entender las razones sobre el cambio jurídico, sino que hay una red más compleja de pensamiento jurídico en Occidente que cambia de una manera global. Así las cosas, se sostiene que a partir de 1945 el pensamiento jurídico que se ha venido globalizando tiene que ver con ciertos aspectos que pueden ser relevantes a la hora de entender los argumentos-tipo construidos por la Corte Constitucional. Se sostiene que a partir de 1945, pero con más fuerza a partir de los años setenta, se ha globalizado un pensamiento jurídico que habla de derechos humanos, democracia, Estado derecho, políticas públicas en armonía con los derechos humanos y neoformalismo interpretativo que, de la mano con la ponderación de intereses realizada por el juez, domina nuestras discusiones sobre el campo jurídico incluso en la actualidad<sup>70</sup>. Nótese en este punto que el hecho de que se sostenga que hay una globalización de la conciencia jurídica no quiere decir que los resultados que vayan a darse en todos los lugares del planeta sean los mismos. Lo que implica la globalización del derecho sostenida por Duncan Kennedy es que dentro de un marco discursivo se genera cierta gama de posibilidades políticas que, si bien no son infinitas, tampoco determinan que solamente haya una respuesta política y jurídica correcta para cada caso. Lo que se globaliza es una forma de pensar y de concebir el derecho, una manera de pensar sobre sus componentes y sus contenidos y una forma para construir argumentos-tipo<sup>71</sup>.

---

68 Cfr. Jorge González-Jacome, *Entre la ley y la Constitución* (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007) y Morton Horwitz. *The Transformation of American Law 1780-1860* (Cambridge, Harvard University Press, 1977).

69 Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought, 1850-2000*, 25, in *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal* (David Trubek & Álvaro Santos, eds., Cambridge, Cambridge University Press, Cambridge, 2006).

70 *Ibid.*, 63-73.

71 *Ibid.*, 22.



Dicho esto, se puede mirar con otros ojos la construcción del argumento-tipo de la Corte Constitucional en donde, a pesar de citar fuentes de derecho internacional como los tratados internacionales, no se acoge a la interpretación de organismos internacionales en este punto sobre la conexidad. Lo que ocurrió en los años noventa es que la Corte Constitucional se insertó dentro de la corriente de pensamiento jurídico que pregonaba la necesidad de discutir sobre derechos humanos y políticas públicas. No es extraño entonces que sus fallos sobre DESC hayan sido la puerta de entrada de la Corte en la determinación de las políticas públicas en el Estado colombiano. Ello condujo a que se desarrollaran técnicas interpretativas distintas que pueden ubicarse dentro de un neoformalismo interpretativo en donde, si bien ya no prima el texto legislado, la técnica desarrollada para la interpretación es altamente formalizada<sup>72</sup>. De ello da fe el test de razonabilidad o incluso la ponderación, métodos dentro de los cuales se ha insertado la Corte Constitucional; no es extraño que el diálogo con pares alemanes, españoles, surafricanos o norteamericanos sea menos difícil en años recientes en este contexto de “constitucionalización del derecho”<sup>73</sup>.

Así las cosas, el hecho de que la Corte se la haya jugado por la teoría de la conexidad en su interpretación en materia de DESC denota que, tal como afirma Kennedy, existen diferentes posibilidades a través de las cuales se pueden desarrollar los proyectos políticos dentro del pensamiento jurídico globalizado. Si bien la Corte tiene por un lado que legitimarse introduciéndose en unas discusiones a través de un lenguaje global, también es cierto que le pesan cierto tipo de disputas particularizadas que se dan al interior de las culturas jurídicas locales. Ellas, si bien no afectan como un todo al pensamiento jurídico, sí hacen que un actor jurídico-político como un juez tenga que construir su argumento-tipo de tal forma que quede legitimado ante pares locales y globales.

72 Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989).

73 Cfr. el texto de Ricardo Sanín (ed.), *Justicia constitucional* (Legis, Bogotá) o también AA.VV., *Congreso internacional. Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad* (Pontificia Universidad Javeriana-Javegraf, Bogotá, 2005).

Los jueces constitucionales al introducir el análisis de políticas públicas, los derechos humanos y el neoformalismo interpretativo se legitimaron ante pares externos. Sin embargo, para legitimarse ante pares locales, el juez tenía que lidiar con una cultura jurídica formalista, pero además con el peso político de quienes integraron la Asamblea Constituyente en 1991 y redactaron los mecanismos de protección de los derechos. Los jueces tenían que luchar con unos textos en donde, al parecer, los derechos fundamentales no incluían a los DESC, tal como se desprende de la lectura del artículo 86; si bien el camino de la Conferencia de Viena de 1993 indicaría lo contrario, la Corte Constitucional prefirió optar por un a vía intermedia que es la de la conexidad, en donde los DESC no son fundamentales pero pueden llegar a serlo dependiendo del caso. Igualmente, citando fuentes de derecho internacional la Corte intenta insertarse en los debates globales, pero también trata de respetar un texto constitucional con el fin de ganar una legitimidad política en dos frentes: global y local. Visto desde esta perspectiva, no se trata de una mala lectura o de una falla del derecho, sino de una decisión que se inserta en marcos globales que le permiten al juez constitucional hablar desde el derecho internacional sin desprestigiarse políticamente al interior del Estado colombiano. Es en este punto que sostenemos que la influencia del derecho internacional en los DESC por vía de tutela es de tipo estratégico para la Corte Constitucional, y de allí la imposibilidad de agotar el tema con una referencia genérica al bloque de constitucionalidad.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Alviar, Helena, *La búsqueda del progreso en la interpretación de la Constitución de 1991: el caso de la intervención del Estado en la economía*, en Daniel Bonilla y Manuel Iturralde (comps.), *Derecho constitucional. Nuevas perspectivas crítica* (Bogotá, Legis, 2005).
- Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales* (Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005).
- Brown, Wendy, *La crítica de los derechos* (Wendy Brown, Patricia Williams e Isabel Cristina Jaramillo, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003).

- Cepeda, Manuel José, *Derecho constitucional. Perspectivas críticas* (Siglo del Hombre, Bogotá, 1999).
- CIADI, *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (ICSID, Case No. Arb/AF/97/1, August 30, 2000).
- CIADI, *Maffezini v. Spain*, Case No. ARB/97/7, 13 de noviembre de 2000.
- CIADI, *Parkerings-Compagniet v. Lithuania*, Award, September 11, 2007, Case No. ARB/05/8.
- CIADI, *Quechan Indian Nation, Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, de octubre de 2006.
- Clapham, Christopher; Jeffrey Herbst, Patricia Moncada Roa y Robert I. Rotberg. *Los Estados fallidos o fracasados. Un debate inconcluso y sospechoso* (Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008).
- Corte Constitucional colombiana, sentencia C-022 de 1996.
- Corte Constitucional colombiana, sentencia C-093 de 2001.
- Corte Constitucional colombiana, sentencia C-673 de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, CorteIDH, Serie C, No. 125.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”)*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, CorteIDH, Serie C, No. 63.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16 de 1999, “El derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, Serie A, No 16.
- Corte Suprema de Justicia Sala Plena, sentencia del 30 de octubre de 1978, *Gaceta Judicial* No. 2397.
- Craven, Mathew, *The International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights* (Oxford Press, Oxford, 1988).
- De Burca, Grainné, *The Language of Rights and European Integration, en New Legal Dynamics of the European Union* (J. Shaw y G. More, Clarendon Press, Oxford, 1995).
- Donnelly, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice* (Cornell University Press, 2003).
- Fund for Peace and Foreign Policy Magazine, *The Failed States Index 2007*, disponible en [http://www.foreignpolicy.com/story/cms.php?story\\_id=3865](http://www.foreignpolicy.com/story/cms.php?story_id=3865)

- García, Lila, *Reconstruyendo el núcleo de los derechos de la persona humana: Aportes para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, en *American University International Law Review* (Washington, 2006).
- García Ramírez, Sergio, *Protección Jurisdiccional Internacional de los DESC*, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional* No. 9 (UNAM., México, 2003).
- García Ramírez, Sergio, *Protección jurisdiccional internacional de los DESC*, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional* No. 9 (UNAM, México, 2003).
- García, Lila, *Derechos humanos para la sustentabilidad y viceversa*, en *Gaceta CNDH* No. 75 (México, 2005).
- García-Villegas, Mauricio y César A. Rodríguez, *Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos*, en *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos* (Mauricio García-Villegas y César A. Rodríguez, eds., ILSA, Bogotá, 2003).
- González-Jácome, Jorge, *The Political and Legal Struggle for the Determination of Economic, Social, and Cultural Rights: the Colombian and International Contexts*, en *Vniversitas* No. 106.
- González-Jácome, Jorge, *El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica*, 265-293, en *Vniversitas* No. 112 (julio-diciembre de 2006).
- Gros, Guillaume. *Union européenne et droits fondamentaux*, en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* No. 5. (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005).
- Koskenniemi, Martti, *L'effet des droits sur la culture politique*, en *La politique du droit international* (Cerdin Pedone, Paris, 2007).
- López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces* (Legis, Bogotá, 2006).
- López Medina, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho* (Legis, Bogotá, 2004).
- Márquez, Carlos Pablo, *Tratados multilaterales y su incidencia en la protección de la propiedad intelectual*, en *International Law* No. 5 (junio de 2005).
- Melish, Tara J., *El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano* (2006,

- tomado de [http://www.pdhumanos.org/libreria/libro6/08\\_tara.pdf](http://www.pdhumanos.org/libreria/libro6/08_tara.pdf)).
- Olarte Bacares, Diana Carolina, *Las resoluciones de la ONU: ¿flexibilización de la teoría de las fuentes del derecho internacional?*, en *Derecho internacional contemporáneo. Lo público, lo privado, los derechos humanos* (Ricardo Abello Galvis, ed., Universidad del Rosario, Bogotá, 2006).
- Olarte Bacares, Diana Carolina, *Retos y desafíos en la enseñanza del derecho internacional. Reflexiones sobre derecho global*, 21-39, en *Homenaje a Luis Fernando Álvarez Londoño, S.J.* (Javegraf, Bogotá, 2007).
- OMC, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.
- OMC, Órgano de Solución de Controversias, Comunidades Europeas-Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant («CE-Amiante»), WT/DS135/AB/R, 5 de abril de 2001.
- Picone P. y A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio* (Cedam, Padova, 2002).
- Sacco, Rodolfo, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, en *39 American Journal of Comparative Law* 1 (1991).
- Scheinin, Martin, Economic and Social Rights as Legal Rights, en *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook* (Asbjørn Eide, Catarina Krause & Allan Rosas, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2001).
- Sen, Amartya, *El derecho a no tener hambre* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002).
- Sen, Amartya, *Libertad y desarrollo* (Planeta, Barcelona, 2000).
- Shany, Yuval, *How Supreme is the Supreme Law of the Land? Comparative Analysis of the Influence of International Human Rights Treaties Upon the Interpretation of Constitutional Texts by Domestic Courts*, *31 Brooklyn Journal of International Law* (2006).
- Simma, Bruno, Self-contained Regimes, 111-136, en *Netherlands Yearbook of International Law* (1985).
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Nolde*, 14/03/74, Aff. 4/73, Rec. 45.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Rutili E*, 28/10/75, Aff. 36/75, Rec. CJCE 1975.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Stauder*, 12/11/69, Aff. 29/69, Rec. 419.

United Nations-General Assembly, *World Conference on Human Rights*, UNHCR, October 13, 1993 (disponible en: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.24+\(PART+I\).En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.24+(PART+I).En?OpenDocument)).

Uprimny, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional: derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional* (Alejandro Valencia Villa, ed., Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2003).

Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, *Los DESC en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, www.iidh.ed.cr).

#### FALLOS DE TUTELA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL (POR AÑO)

1992: T-443, T-596

1994: T-456

1995: T-079 T-173 T-270

1998: T-302

1999: T-568, T-1020

2000: T-1211

2001: T-223, T-327, T-1207

2003 : T-268, T-512, T-554, T-602, T-603, T-772, T-859, T-860, T-884, T-980, T-1051, T-1202, T-1226

2004 : T-025, T-217, T-218, T-221, T-397, T-466, T-496, T-642, T-654, T-666, T-695, T-697, T-699, T-701, T-732, T-739, T-802, T-826, T-827, T-851, T-884, T-907, T-979, T-1096, T-1178, T-1233

2005 : T-158, T-219, T-274, T-306, T-330, T-365, -372, T-496, T-509, T-575, T-722, T-724, T-771, T-774, T-848, T-869, T-883, T-905, T-947, T-959, T-1105, T-1145, T-1180, T-1206, T-1228, T-1278, T-1291, T-1318, T-1328, T-1331

2006 : T-037, T-101, T-133, T-138, T-220, T-223, T-267, T-283, T-306, T-308, T-329, T-348, T-349, T-384, T-403, T-435, T-438, T-557, T-585, T-594, T-660, T-690, T-772, T-799, T-837, T-838, T-846, T-865, T-881,

T-882, T-884, T-945, T-964, T-973, T-975, T-984, T-1038, T-1041,  
T-1064, T-1066

2007 : T-016, T-060, T-063, T-093, T-133, T-145, T-148, T-170, T-200,  
T-243, T-261, T-270, T-289, T-298, T-299, T-322, T-408, T-411, T-433,  
T-468, T-469, T-487, T-503, T-535

